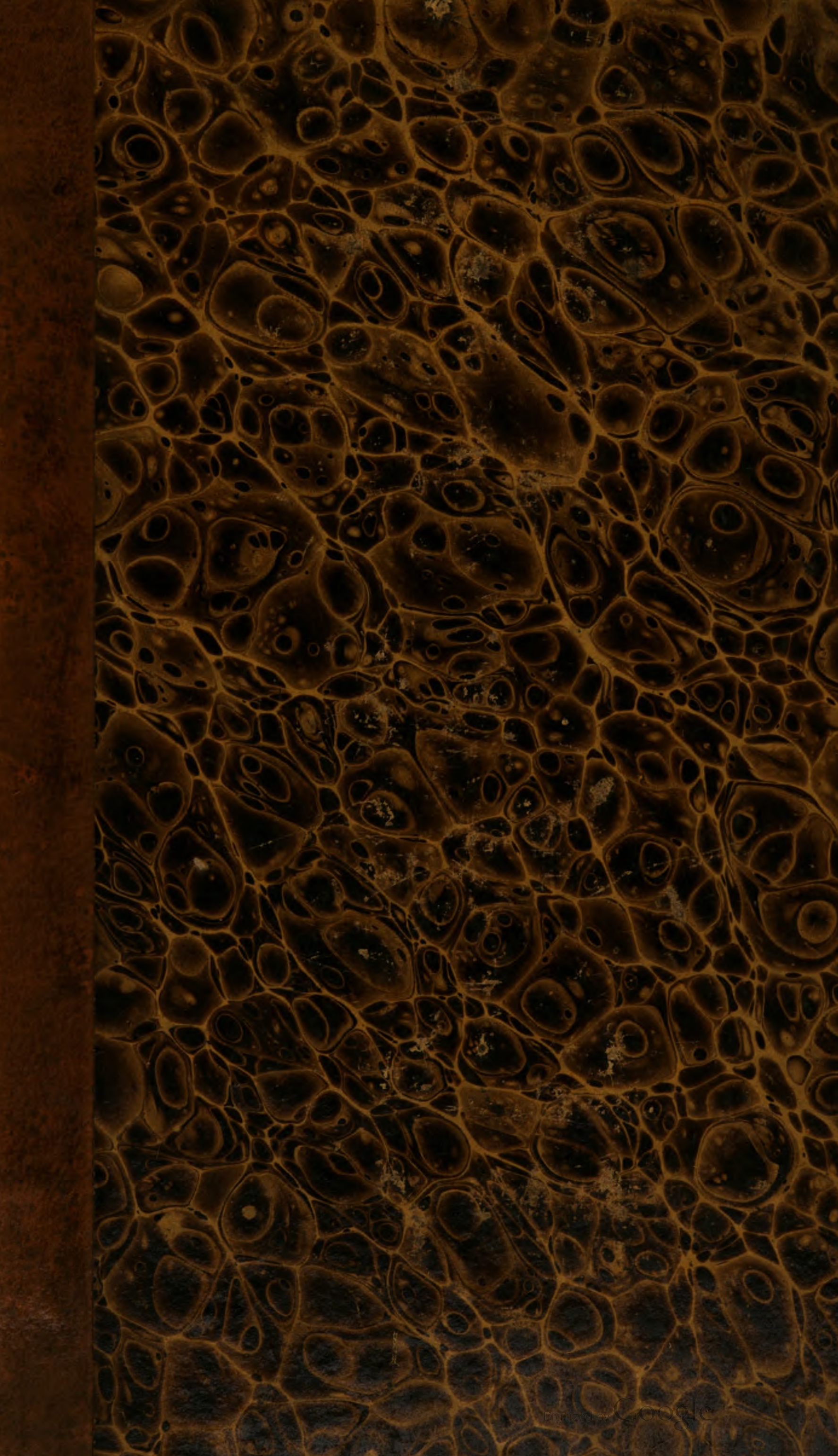
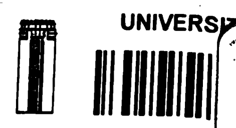
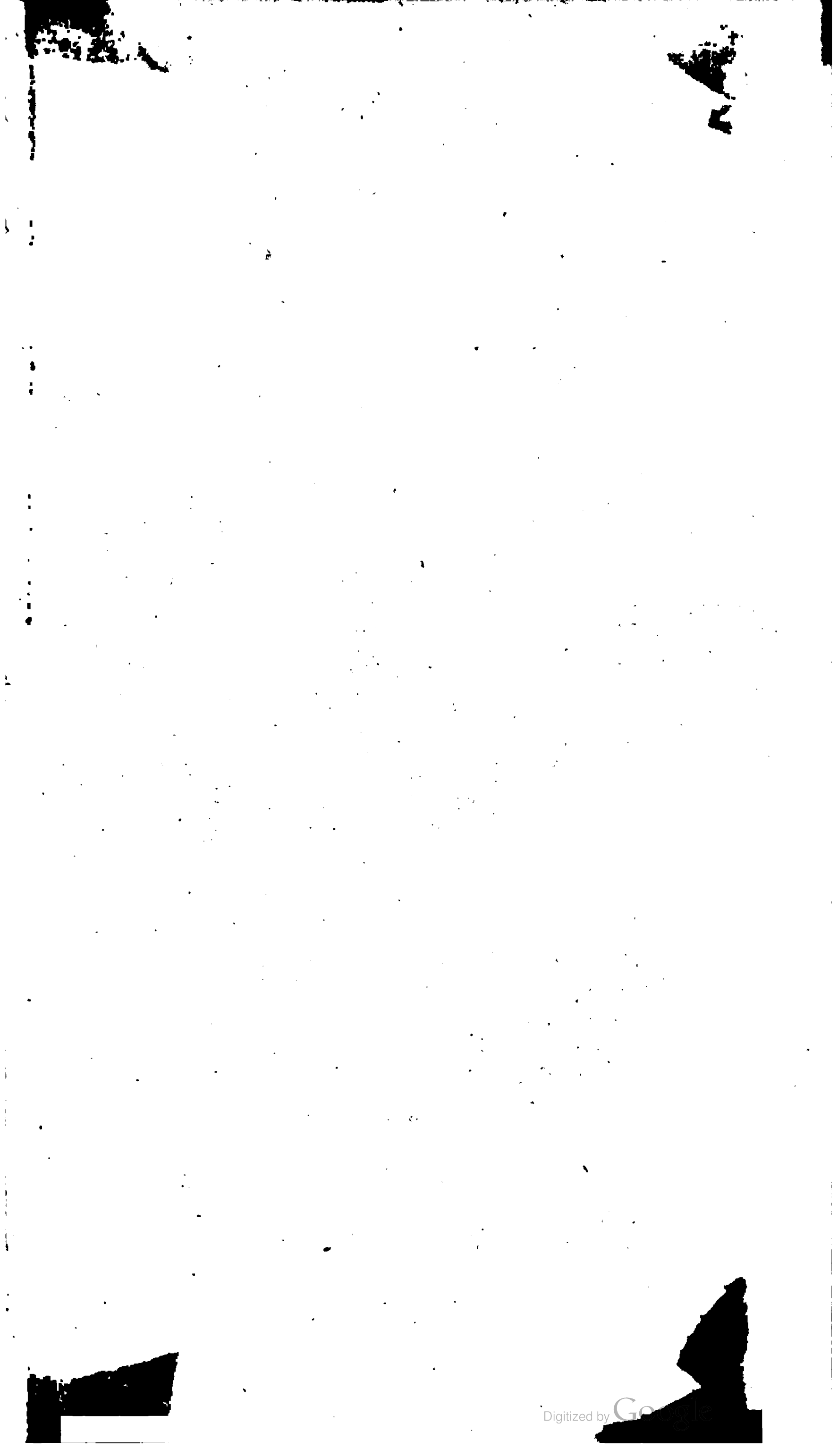



UNIVERS





Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

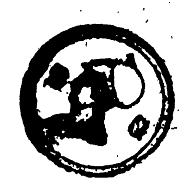
von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Ein und zwanzigster Theil erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.
1820.



Lib. XXII. Tit. I.

De usuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora.

§. 1129.

Erklärung der Ausdrücke usura und foenus. Begriff von Zinsen. Eintheilung derselben nach dem Kapital. Rechtmässigkeit der Zinsen.

Das Wort Usura [1]) welches von uti abstammt, bezeichnet bey den Alten theils den Gebrauch, welcher von einer Sache, insonderheit vom Gelde, einem Andern ge-

1) Die vorzüglichsten Schriften sind *Car.* Molinaei Tr. Commerciorum et Usurarum Redituumque pecunia constitutorum, et Monetarum, cum nova et analytica explicatione| *L. eos. Cod. de Usur. L. Periculi pretium D. de naut. foen.* et omnium legum usurariarum, multarumque legum et canonum vero et nativo nove detecto intellectu. *Coloniae Agripp.* 1577. 8. *Hug.* Donelli Tr. de Usuris; in *Eius* Operib. prior. *Francof. ad Moen.* 1589. 4. *Franc.* Duareni Commentar. in Tit. 32. Lib. IV. Cod. et Tit. 1. Lib. XXII. Pand. de Usuris et fructibus, etc. in *Eius* Operib. *Francof.* 1592. fol. p. 996. sqq. *Jo.* Borcholten Commentaria in Tit. 32. Libri IV. Codicis, qui inscribitur de Usuris. *Helmst.* 1596. 8. *Claud.* Salmasii liber de Usuris. *Lugd. Batavor.* 1638. 8.

stattet wird; theils dasjenige, was für den Gebrauch einer dargeliehenen Geldsumme von dem Empfänger derselben gegeben wird. Für das leztere brauchen jedoch die Alten gewöhnlicher den Pluralis *Usurae*, welches wir durch Zinsen, nicht ganz passend durch Interessen zu übersetzen pflegen. Für die erste Bedeutung dient unter andern die Stelle des Cicero [2]), wo er von der Natur sagt: Ea quidem dedit *usuram vitae*, tanquam *pecuniae*, nulla praestituta die. Quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas. Für die lezte Bedeutung spricht die Stelle des Pomponius libro VI. ad Quintum Mucium [3]). *Usura pecuniae*, quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Zinsen sind also hier der Ertrag des Geldes, reditus pecuniae [4]). Daher sagt Isidorus [5]): *Usura* est incrementum foenoris, ab usu

Eiusd. lib. de modo Usurarum. *Ibid.* 1639. 8. *Eiusdem* Dissertatio de foenore trapezitico in tres libros divisa. *Ibid.* 1640. 8. und *Ger.* Noodt de foenore et usuris libri tres. *Lugd. Batav.* 1698. 4. (in *Operib. Lugd. Batav.* 1735. fol. edit. Tom. I. pag. 175. sqq. wo dieser Tractat nach der 4ten Ausgabe abgedruckt ist.) Die Schriften über einzelne Gegenstände dieser Rechtslehre werden an den gehörigen Orten angezeigt werden.

2) *Tusculanar. Disputation. Lib. I. cap.* 39. Man vergleiche noch Cicero *in Catilin.* I. c. 12. *pro C. Rabirio Post.* in fin. et *pro Sulla* c. 32.

3) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

4) *L.* 24. *D. de praescript. verb.* *L.* 30. *pr. D. de adim. vel transfer. legat.*

5) *Origin. Lib. V. Cap.* 25.

aeris crediti nuncupata, und eben so Varro [6]): Compendium, quod, cum compenditur una sit: a quo *usura*, quod in sortem accedebat, impendium appellatum: quae cum accederet ad sortem, ex usu *Usura* dicta. Beyde Bedeutungen verbindet Cicero [7]) in folgender Stelle: Quis enim hoc fecit unquam? quis denique conatus est facere, aut posse fieri cogitavit, ut, cum Senatus publicanos *usura saepe iuvisset*, magistratus a publicanis *pecuniam pro usuris* auderet auferre. Nehmen wir diese, wiewohl von einigen [8]) bestrittene Leseart als richtig an, so heißt hier *pecuniae usura iuvare*, Geld darleihen, mit Geld unterstützen, und *pecuniam pro usuris auferre*, das Geld für Zinsen wieder entreissen. Statt Usura in der letzten Bedeutung war jedoch ursprünglich das Wort *foenus* gebräuchlicher [9]), worunter die Alten zwar sehr häufig das verzinsliche Darlehen, oder die verzinsliche Schuld selbst [10]), doch eigentlicher noch die Zinsen [11]) verstanden.

6) *De Lingua Lat.* Lib. IV.

7) *Accusationis in Verrem* Lib. III. cap. 72.

8) Gronovius de pecunia vet. Lib. IV. c. 3. will nämlich statt usura vielmehr *versura* lesen, worunter denn ein mutuum und zwar hier ein unverzinnliches Darlehn verstanden werden soll. Allein Hotoman in der Grävischen Ausgabe, und Salmasius de Usuris. Cap. IV. pag. 83. behalten die gemeine Leseart bey, und haben die von mir angenommene Erklärung.

9) Noodt de foenore et Usur. Lib. I. cap. 2. init. hat dieses aus mehreren Stellen des Cato und Plautus erwiesen.

10) Salmasius cit. lib. Cap. 2. pag. 23. sqq. et Cap. 7. hält diese Bedeutung zwar für die eigentliche und Hauptbedeutung, und hat auch dafür viele Stellen aus den Classikern angeführt. Allein man sehe dagegen Noodt de F. et U. Lib. I. cap. 3. pag. 181.

11) Cornelius Nepos in vita Attici. Cap. 9. Pecuniam

Ob übrigens das Wort foenus nach Salmasius [12]) von dem griechischen Wort ποινή, welches nicht blos Strafe, sondern auch Lohn, Vergeltung bedeutet, gleichsam foinos, wovon foenor und zuletzt foenus entstanden seyn soll; oder nach der Etymologie der Alten [13]) von foetus, quasi foetura quaedam nummorum seu pecuniae, so wie das griechische Wort τόκος, usura, von

sine foenore ei credidit. Plautus in *Mostellaria*, Act. III. Sc. 1. v. 1. sqq. Cicero in *Catone maj. de Senectute*. Cap. 15. L. 1. *Cod. Theod. de usuris rei jud.* L. 4. *D. de naut. foenore*. L. 24. *D. de usu et usufr. leg.* L. 42. §. 2. *D. Sol. matrim.* L. 58. §. 4. *D. ad SCt. Trebell.* S. *Jo. Frid.* Gronovius Mantissa de pecun. veter. Cap. 1.

12) Cit. lib. Cap. 2. pag. 21. et 35.

13) Festus *de verb. veter.* Voc. *Fenus*. Fenus appellatur naturalis terrae fetus; ob quam causam et *nummorum fetus fenus est vocatum*, et de ea re leges fenebres, fenus et feneratores et lex de credita pecunia fenebris *a fetu* dicta, quod crediti nummi alios pariant, ut apud Graecos eadem res τόκος dicitur. Varro *de Lat. Serm.* Lib. III. Fenus autem dictum est *a fetu* et quasi *fetura quadam pecuniae*. Nam et *Catonem* et caeteros antiquiores sine o littera *fenus* pronunciasse contendit, ut fetus et fecunditas. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XVI. cap. 12. welcher sich auf Nonius beruft. Nonius sagt Cap. 1. pag. 513. Fenus ab eo dictum est, *quod pecuniam pariat increscenti tempore*, quasi *fetus* et *fetura*. Nam et Graecis τόκος dicitur ἀπὸ τοῦ τίκτειν, quod est parere. Eben dieser Nonius bestärkt Cap. 5. pag. 731. die angegebenen beyden Bedeutungen von *foenus*. Mutuum a foenore hoc distat, quod mutuum sine usuris, *foenus cum usuris sumitur*, et est (oder wie man

τίκτειν, parere, oder endlich nach Voß [14]) von den alten und obsoleten Wort feo, d. h. gigno, pario, wovon auch fetus, fecundus, und fenum abstammt, seinen Ursprung erhalten habe, kann man dahin gestellt seyn lassen. Soviel ist indessen gewiß, daß das Wort *foenus* nur von solchen Zinsen gebraucht werde, welche bey dem Ausleihen des Geldes bedungen worden sind, von andern Zinsen wird es nie, sondern immer das Wort *Usura* oder vielmehr im Pluralis *Usurae* gebraucht [15]). Daher sind die Zinsen entweder *usurae foenebres*, oder non foenebres, je nachdem sie entweder aus einem verzinslichen Darlehn, oder aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B. wegen Verzugs gefordert werden können [16]).

Zinsen, foenus, wie usurae, setzen nun I. immer eine schuldige Quantität fungibler Sachen voraus, welche das Kapital, *Sors* [17]), *Caput* [18], *Summa cre-*

mit NOODT p. 181. lesen kann *est et*, wenn eine Emendation nöthig wäre,) *accepti* (i. e. eius, quod accepti debitor) *foetus*, unde et *foenus* dictum est, ut graece τόκος, quasi *partus mutui sumti*.

14) *Etymolog.* h. v. Man sehe auch GESNERI Thes. ling. et erudit. Rom. V. *feo* und *foenus*.

15) *L.* 1. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 24. *D. de praescr. verb.* *L.* 8. *D. de eo, quod certo loco.* *L.* 24. *D. et L.* 4. *Cod. Depositi.* S. NOODT de F. et U. Lib. I. Cap. 3. pag. 182. §. *Dixi*, und CUJACIUS in Paratitl. ad Tit. Pand. de nautico foenore.

16) SALMASIUS de Usuris. Cap. IV. pag. 81.

17) *L.* 24. *D. de praescript. verb.* *L.* 3. *et* 4. *Cod. Theod. de Usur.*

18) *L. un. in fin. Cod. Theod. de usuris rei iudic.* (IV. 19.) AMBROSIUS in *Tobia.* Cap. 12. Quanta sibi

diti [19]) *Debiti quantitas* [20]) genennt wird. Bey andern nicht fungiblen Sachen kann nur dann von Zinsen die Rede seyn, wenn die Sache für ein bestimmtes zinsbares Pretium geschätzt worden ist [21]). Das Kapital kann aber entweder in Gelde, oder in andern verbrauchbaren Sachen bestehen z. B. Getraide, Wein, Oel. (*L.* 12. *L.* 23. *C. h. t.*) Daher sind die Zinsen entweder Geldzinsen, usurae *Pecuniae*, oder Fruchtzinsen, usurae *Specierum*: Species heißen also hier soviel als Früchte [22]). Eine Abtheilung, die nicht ohne practisches Interesse ist, wie aus der Folge sich ergeben wird.

fecerunt vocabula? Nummus datur et *foenus* appellatur: *Sors* dicitur, *Caput* vocatur.

19) *L.* 1. *Cod. Th. h. t.*

20) *L.* 1. *Cod. Th. cit.*

21) Beyspiele enthalten *L.* 3. §. *ult. D. h. t. L.* 17. §. *ult. D. eodem.* In der letztern Stelle ist von Usuris statuarum et imaginum ponendarum die Rede. Allein statuas vel imagines ponendas legare heißt nichts anders als eine Summe Geld zum Ankaufe und Errichtung der Statüen und Bildsäulen vermachen, welche denn der Erbe auch dazu verwenden muß. Ist der Erbe hierin säumig; so kann ihn die Obrigkeit einen Termin setzen, dessen Verabsäumung eine bestimmte Zinszahlung zur Folge hat. *L.* 5. *D. de Operibus publicis.* Noch mehrere Beyspiele findet man in *L.* 8. *Cod. Si certum petatur*, und *L.* 25. *Cod. h. t.* S. Donellus de Usuris Cap. 1. und besonders Noodt de Foen. et Usur. Lib. I. Cap. 2. pag. 177. seq.

22) *L.* 26. §. 1. *Cod. h. t.* Verb. *vel specierum foenori dationibus.* Man sehe auch *L.* 1. *Cod. Theod. eodem.* Heineccius Antiquitat. Romanar. Iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. III. Tit. 15. §. 17. und *Jo. Mich.* Steimmig Diss. de specierum usuris. *Giessae* 1732.

II. Zinsen werden für den Gebrauch einer schuldigen Quantität fungibler Sachen entrichtet [23]). Daß der Schuldner aber diesen Gebrauch immer selbst gemacht haben müsse, ist nicht nöthig; genug wenn der Gebrauch möglich war [24]). Auf Seiten des Gläubigers sind zwar die Zinsen eine Vergütung für den entbehrten Gebrauch [25]), sie können aber auch ein Gewinn und Belohnung für die übernommene Gefahr des Kapitals seyn, wie beym foenus nauticum [26]).

III. Zinsen werden der Regel nach in Sachen derselben Art gegeben, in denen das Kapital besteht. Denn sie sind eine accessio und additamentum sortis. Besteht also das Kapital in Gelde, so werden auch die Zinsen in Gelde bezahlt; besteht aber die Hauptschuld in Früchten, so werden auch die Zinsen in Früchten entrichtet. Jedoch kann dieses durch Vertrag abgeändert werden [27]). Be-

23) *L.* 58. §. 6. *D. ad SCt. Trebell. L.* 60. *D. pro Socio. L.* 16. §. 1. *D. h. t.* NOODT de F. et U. Cap. 2. in fin. pag. 180. Daher sagt CUJACIUS Observation. Lib. XXIV. cap. 40. *Usura* est incrementum, quod sorti accedit propter usum.

24) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 965. Not. 1. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 355.

25) *L.* 17. §. 3. *D. h. t. L.* 13. §. 20. *D. de act. E. et V.* S. *Jo.* STRAUCH Diss. de centesimis usuris. *Jenae* 1672. Cap. 2. pag. 8.

26) STRAUCH cit. Diss. Cap. 5. pag. 44.

27) Anderer Meinung ist zwar Hufeland a. a. O. §. 355. Not. c. wo er die Regel aufstellt: *Qualis sors, talis debet esse usura*, sonst seyen es nicht eigentliche Zinsen; allein man sehe NOODT de F. et U. Cap. 2. §. Est igitur. pag. 179. sq. und STRAUCH cit. Diss. Cap. 2. p. 8.

steht nämlich das Kapital in einer Geldschuld, so kann verabredet werden, daß statt der Zinsen in Gelde eine Quantität Getraide oder Wein geliefert werden solle [28]). Es kann auch der Schuldner dem Gläubiger die Nutzniessung eines Grundstücks [29]), oder die Bewohnung eines Hauses statt der Zinsen einräumen [30]). Nur bey einem Fruchtkapital scheint es anders zu seyn. Hier sagt ein Gesetz, die Zinsen sollen auch in Früchten, deren Quantität denn auch schon, wenigstens bis auf das Maximum, gesetzlich bestimmt ist [31]), entrichtet werden, wovon der Grund darin gesetzt wird, weil Früchte einen ungewissen und unbeständigen Preis haben, welcher bald steigt bald fällt [32]). Die Verordnung ist vom Kaiser Philippus, und lautet folgendermassen:

L. 23. Cod. de Usuris. Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus mutuo datis *incerti pretii ratio* additamentum usurarum *eiusdem materiae* suasit admitti.

Hiernach wäre also der Begriff von Zinsen folgendermassen zu bestimmen. Sie sind eine Vergeltung, die für den Gebrauch einer schuldigen Quantität fungibler Sachen, welche das Kapital oder der Hauptstuhl genennt wird, nach einer vertragsmäßig oder gesetzlich bestimmten Größe und Maaße gewöhnlich in Sachen der-

28) *L. 16. Cod. h. t.*

29) *L. 17. Cod. eodem.*

30) *L. 11. §. 1. D. de pignor. L. 14. Cod. h. t.*

31) *L. 26. §. 1. Cod. h. t.*

32) S. *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Dec. LXXXX Th. 3.

selben Art entrichtet werden. Diese werden nun dem Gläubiger entweder blos als Vergütung für den entbehrten Gebrauch der Sache, oder blos als ein Gewinn für die übernommene Gefahr des Verlusts gegeben. Im ersten Falle werden sie denn *usurae* im eigentlichen Sinn, im andern Falle *foenus* genennt [33].

Soviel nun hiernächst die Rechtmässigkeit der Zinsen anbetrifft, so ist es weder dem Natur- noch dem Civilrechte zuwider, von ausgeliehenen Quantitäten fungibler Sachen Zinsen zu nehmen. Das Naturrecht verpflichtet mich nicht, den Gebrauch des Meinigen einem Andern unentgeldlich zu überlassen. Mißbilliget es also überhaupt onerôse Verträge nicht, so kann auch ein verzinsliches Darlehn an sich nicht unerlaubt seyn, da der Schuldner den Vortheil davon ziehet, welchen der Gläubiger hätte ziehen können, wenn er das Kapital zu seinem Gebrauche behalten hätte [34].

Das Mosaische Gesetz [35]) verbot zwar den Israeliten Zinsen von einander zu nehmen, es erlaubte aber doch

33) *L.* 17. §. 3. *D. de Usuris.* Usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur. S. Cujacius Paratitl. in libr. XXII. Tit. 2. D. de nautico foenore.

34) S. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 755. sq. und *Christoph. Frid.* Schott Diss. de moralitate Usurarum. *Tüb.* 1764. in *Eius* Dissertationib. iuris naturalis. Tom. II. Diss. XIV. pag. 53. sqq.

35) *Exodi* XXII. v. 25. *Leviticor.* XXV. v. 35 — 37. *Deuteronom.* XXIII. v. 20. et 21. S. *Jo. Dav.* Michaelis Commentat. de mente et ratione legis Mosaicae usuram prohibentis. *Goettingae* 1745. Tom. II. *Syntagmat. Commentation.* pag. 9. und in *Dan.* Fel-

ausdrücklich, sich Zinsen von Fremden zu bedingen; zum deutlichen Beweise, daß auch nach dem Mosaischen Rechte die Zinsen nicht für etwas an und für sich Ungerechtes gehalten werden. Das Verbot selbst beruhete aber auch auf Gründen, die sich zwar für einen solchen Staat, wie Moses ihn bildete, aber auch nur für ihn allein sich schickten. Anfangs war zwar nur verboten, von armen Israeliten Zinsen zu nehmen, und zwar weder Geld- noch Fruchtzinsen; von einem bemittelten Israeliten hingegen konnte sich der israelitische Gläubiger Zinsen versprechen lassen [36]). Dies war das erste Zinsgesetz, welches noch in den ersten Jahren nach dem Auszuge der Israeliten aus Egypten gegeben wurde. Allein weil es in vorkommenden Fällen oft schwer war, auszumachen, wer eigentlich für arm, und wer für reich zu halten sey; unter jenem Gesetz auch häufig die wirklich Armen litten, indem man sein Geld doch immer lieber den Reichen auf Zinsen, als den Armen unverzinslich liehe, so sahe Moses im vierzigsten Jahre nach dem Auszuge der Israeliten aus Egypten die Nothwendigkeit ein, den Unterschied zwischen Armen und Reichen aufzuheben. Er läßt es zwar bey der Erlaubniß von Fremden Zinsen zu nehmen, allein unter Israeliten gegen einander verbietet er alle Zinsen, es seyen Geld- oder Fruchtzinsen, schlechterdings [37]).

LENBERG Iurisprud. antiqua. T. I. *Bernae* 1760. Nr. II. pag. 73. sqq.

36) 2. B. Mose XXII. v. 24. und 3. B. Mose XXV. v. 35—37.

37) 5. B. Mose XXIII. v. 20. S. Michaelis Mosaisches Recht. 3. Th. §. 154. S. 58. ff. wo er seine Meinung in der Not. 34. angeführten Dissertat. §. 12. daß diese Stelle eine bloße Wiederholung der früheren Zinsgesetze

Nach diesem Gesetz wird dann nachher in den Psalmen [38]) und Propheten [39]) derjenige, welcher sein Geld auf Zinsen ausleihet, als ein Ungerechter, und eben so angesehen, wie jetzt der Wucherer, welcher verbotene Zinsen nimmt. Die besondern Gründe, welche jenes Verbot der Zinsen bey den Israeliten nicht nur billigten, sondern auch politisch anriethen, hat Michaelis [40]) aus der besondern Verfassung des Israelitischen Staats ausführlich entwickelt. Der Israelite lebte nicht vom Handel und Gewinn, sondern von seinem Acker. Daher war der Gläubiger immer gesichert. Denn ordentlicher Weise war jeder Israelite angesessen, und war er es nicht, so konnte sich der Gläubiger an dessen Leib, Frau und Kinder halten [41]). Der Reiche konnte auch für sein Geld keine liegende Gründe kaufen, denn sie waren bey den Israeliten gleichsam unveräusserliche Familien-Fideicommisse; und wer Geld borgte, war gewöhnlich arm. Wie drückend mußte es also für den armen Schuldner seyn, mehr wiederzugeben, als er empfangen hatte! Moses sahe daher auch das Darlehn in der That nur als eine Art von Almosen gegen

sey, und dadurch der Unterschied zwischen Armen und Reichen nicht aufgehoben worden, aus mehrern daselbst angeführten Gründen wieder geändert hat.

38) Psalm XV. 5.

39) Ezechiel XVIII. 8. 13. 17.

40) Cit. Commentat. §. 14 — 17. und desselben Mosaisches Recht. 3. Th. §. 155. Man sehe auch *Gerh.* NOODT de foenore et Usur. Lib. I cap. 10.

41) *Jul. Car* SCHLAEGER Diss. de debitore obaerato secundum ius Hebraicum et Atticum creditori in servitutem adjudicando. *Helmst.* 1741. (in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. Antiqua.* Tom. I. Diss. I.)

Arme an, und erklärt es für ein gutes Werk, daß Gott durch seinen Seegen anderweit belohnen werde [42]). Wäre es auch nicht schon an sich bekannt, daß die Mosaischen Gesetze, als solche, für Christen keine Verbindlichkeit mehr haben [43]); so würden schon jene Gründe die Ueberzeugung gewähren, daß die Mosaischen Zinsgesetze, so wie alle übrigen, auf Gegend, Nation, und Zeitumstände eingeschränkt waren, und daher bey Christen unter einer ganz andern Staatseinrichtung, ohne die größte Unbilligkeit, und offenbaren Ruin der Staatsbürger, gar nicht eingeführt werden können [44]). Christus selbst hat daher auch die Zinsen nirgends verboten. Denn wenn er sagt [45]): Leihet auch solchen, von denen ihr nichts wieder zu erwarten habt, so bezieht sich dieser Ausspruch blos auf das Gebot der Nächstenliebe, welches hier, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, auch sogar auf die Liebe der Feinde erstreckt wird. Daß aber eine verzinsliche Geldanleihe nicht wider dieses Gebot streite, vielmehr unter Umständen selbst Uebung der Liebe werden könne, ist schon von andern [46]) bemerkt worden. Verbindet man damit

42) 5. B. Mose XV. 7—11. Michaelis Mosaisches Recht. 3. Th. §. 156.

43) Man vergleiche hier Paulus Briefe an die Römer. VI. 15. VII. 4—6. an die Galater III. 23—25. IV. 3. u. 4. V. 1. ff. an die Epheser II. 14. 15. und an die Kolosser II. 14 und 20.

44) S. Michaelis Mos. Recht. 3. Th. §. 155.

45) Lukas VI. v. 35. δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες, i. e. *mutuum date, nihil inde sperantes.*

46) S. Huber Eunom. Rom. ad L. I. pr. D. de Usur. §. 3. pag. 757. sq. Spener Theologische Bedenken. 2. Th.

noch die Stelle bey Matthäus V. 42. so sieht man, daß Christus Meynung nur dahin gehe, wir sollen gern und willig denen leihen, die uns darum ansprechen, und wenn wir Jemandes Noth mit unserm Gelde abhelfen können, nicht ängstlich darum bekümmert seyn, ob wir es auch wieder bekommen werden; denn Gott werde es reichlich belohnen [47]). Hätte Christus das Geldausleihen auf Zinsen gemißbilliget, wie hätte er sich der Gleichnißrede bey Matthäus XXV. 14 — 30. bedienen können, wo es V. 27. heißt: du hättest mein Geld den Wechslern geben sollen, so hätte ich doch bey meiner Zurückkunft das Meinige mit Zinsen wieder empfangen [48])? Die ersten Gesetze der christlichen Kirche untersagten daher auch nur den Geistlichen die Zinswucherey, nicht als ob Zinsenforderungen dem Christenthume zuwider wären; nein! sondern weil wucherlicher Handel sich nicht für die Geistlichkeit schicke [49]). Daher erlaubte Kaiser Constantin der Große in demselben Jahre 325. in welchem die Nicäische Kirchenversammlung den Geistlichen, Zinsen von ausgeliehenen Geldern und Früchten zu nehmen, bey Strafe der Absetzung verbot, Zinsen von Früch-

Kap. 3. S. 529. ff. SCHOTT cit. Diss. de moralitate usurar. §. 13.

47) S. NOODT Lib. I. cap. 11. und *Cl.* SALMASIUS de Usuris. Cap. 20. pag. 622. sq.

48) Man sehe über diese Stelle SALMASIUS cit. libr. Cap. 21. p. 633. sq.

49) S. *Jos.* BINGHAM Origines sive Antiquitat. ecclesiast. Volum. II. (*Halae* 1725.) Lib. VI. Cap. 2. §. 6. pag. 318. sqq. und *Lud.* THOMASSINUS vet. et nova Ecclesiae disciplina P. III. Lib. III. Cap. 19. §. 5. (Tom. IX. pag. 113. sqq. *Magontiaci* 1787. 4.)

ren bis zur Hälfte des Kapitals, von Geldern aber bis zur Centesima, d. h. bis auf Zwölff von Hundert zu nehmen [50]). Zwar soll schon früher auf einer Kirchenversammlung zu Elvira in Spanien, deren Alter jedoch verschie-

50) *Can.* 17. Dieser Canon kommt an zwey Orten in Gratians Decrete vor, nämlich *Can.* 2. *Dist. XLVII.* und Can. 8. Caus. XIV. Qu. 4. In der ersten Stelle lautet der Canon nach der lateinischen Uebersetzung des DIONYSIUS EXIGUUS folgendermassen: *Quoniam multi, sub regula constituti* (andere Canonensammler haben: multi, *qui in Canone recensentur*, darunter werden *Clerici* verstanden, so wie es auch in der andern Stelle des Decrets ausdrücklich heißt: *multi clerici.* Denn die bey einer Kirche ordinirten Geistlichen wurden bey den Alten in die Kirchen-Matricul, welche man bey den Griechen *Canon* nennte, eingetragen. S. *Car. Sebast.* BERARDUS ad Gratiani canones. P. I. pag. 69. [edit. *Venet.* 1777. 4.]) *avaritiam et turpia lucra sectantur, oblitique divinae scripturae, dicentis:* qui pecuniam suam non dedit ad usuram: *mutuum dantes, centesimas exigunt: iuste censuit sancta et magna Synodus, ut, si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras accipiens, aut ex adinventione aliqua, vel quolibet modo negotium transigens, aut hemiolia, id est, sescupla exigens, vel aliquid tale prorsus excogitans turpis lucri gratia, deiiciatur a clero, et alienus existat a regula.* Die hier genannte hemiolia sind die usurae ἡμιολίαι, welche von Früchten bis zur Hälfte des Capitals entrichtet wurden, z. B. für 2 Scheffel Getreide 3, für 10 Scheffel 15. GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XVIII. Cap. 14. sagt: Est autem *hemiolios*, qui numerum aliquem totum in sese habet, dimidiumque eius: ut tres ad duo; quindecim ad decem; triginta ad viginti. Das Wort kommt von ὅλον, summa, caput, sors, und τὸ ἥμισυ, medietas her; also dimidia pars sortis.

den angegeben, und von einigen ins Jahr 303 von andern ins Jahr 305, und noch von andern ins Jahr 313. gesetzt, vom Gratian aber *Concilium Eliberitanum* genennet wird, nicht nur den Geistlichen, sondern auch den Laien das Zinsennehmen, und zwar letzteren bey Strafe der Excommunication verboten worden seyn [51]). Die Worte des Can. 20. lauten bey Harduin [52]) folgendermassen: Si quis *Clericorum* detectus fuerit usuras accipere, placuit

S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de Usuris. Tom. I. pag. 268. der Ritterschen Ausgabe. Die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen lautet folgendermassen. *L.* 1. *Cod. Th. de Usuris.* Imp. Constantinus A. ad *Dracilianum*, Agentem vices Praef. Praet. Quicunque fruges, humidas vel arentes, indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur: id est, ut si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quodsi conventus creditor, propter commodum usurarum, debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges. Nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. Die usurae centesimae, welche also blos bey Geldzinsen Statt haben sollten, scheinen nach diesem Gesetz noch die gewöhnlichen gesetzmäßigen Zinsen gewesen zu seyn. S. *Barn.* Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 1. et *Jac.* Gothofredus ad h. L. Justinian hat jedoch dieß alles in der *L.* 26. §. 1. *Cod. de Usuris* abgeändert.

51) S. *J. H.* Boehmer Iur. Eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 18.

52) *Concilior.* Tom. I. pag. 252.

eum degradari, et abstinere. Si quis etiam *laicus* accepisse probatur usuras, et promiserit correctus, iam se cessaturum, nec ulterius exacturum; placuit, ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate duraverit, ab Ecclesia esse proiiciendum. Allein die Aechtheit dieses Conciliums ist noch vielem Zweifel unterworfen. War dieses Concilium wirklich so alt, waren drey und vierzig Bischöfe anwesend, unter denen die berühmten Namen eines Felix von Cadix und Osius von Cordua genennt werden; wie kam es, daß es dennoch den berühmten Canonensammlern, einem Dionysius Exiguus, Ferrand dem Diacon, ja dem Landsmann Martin von Braga, und dem Cresconius von Afrika unbekannt bleiben konnten? Warum kennen es nur Burkart, Ivo und Gratian? Warum beriefen sich die Iconoklasten, eine Secte, die im 6 und 7. Jahrhundert die Kirche so sehr beunruhigte, nicht auf den 32. Canon dieses Conciliums, den sie so treflich für ihre Meynung hätten benutzen können? Ich übergehe andere Gründe, und beziehe mich auf die genauere kritische Untersuchung des gelehrten Berardi [53]). Nur das ist noch bemerkenswerth, daß der Canon, den Gratian in sein Decret aufgenommen hat, *Can.* 5. *Dist.* 47. blos der Geistlichen gedenkt. Auch das fast gleichzeitige Concilium zu Arles vom Jahr 314. welches ebenfalls Gratian in seinem Decret hat, redet ausdrücklich nur von Geistlichen. Ministri, qui foenerantur, so lautet der Canon desselben bey Gratian *Can.* 2. *Caus.* *XIV.* *Qu.* 4. placuit, iuxta formam divinitus datam, eos a communione abstinere. Die spätern Kirchenversammlungen nach der

53) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, etc. P. I. Cap. 2 pag. 19 — 21.

Nicäischen, nämlich die Laodicäische [54]), deren Zeitalter gewöhnlich ins Jahr 372. gesetzt wird, aber mit Gewißheit nicht bestimmt werden kann, die dritte Karthaginensische [55]) vom Jahre 397. und die zweyte zu Arles [56]), welche nach Berardi [57]) ums Jahr 443. gehalten zu seyn scheint, erneueren blos das Verbot, daß Geistliche keine Zinsen nehmen sollen. Allein Pabst Leo der Große, welcher im Jahr 440. einstimmig zum römischen Bischof war gewählt worden, wird als der erste genennt, der in seinem ersten Briefe an die Bischöfe in Campanien, Picenum, Tuscien und die übrigen Provinzen, vom Jahre 443. das Verbot Zinsen zu nehmen, auch auf die Laien erstreckte [58]). Gratian hat diese Stelle in sein

54) *Can.* 5. welcher nach Dionysius Exiguus folgendermaßen lautet: Quod non oporteat Sacerdotes et Clericos foenerantes *usuras*, vel quae dicuntur *sestupla*, id est, et summam capitis, et dimidium summae percipere. Etwas verändert lautet er bey Gratian *Can.* 9. *Dist. XLVI.*

55) *Can.* 16. bey Gratian *Can.* 6. *Caus. XIV. Qu.* 4. Nullus clericorum amplius recipiat, quam cuiquam accomodaverit: si pecuniam, pecuniam accipiat, — et quidquid aliud, *tantum, quantum dederit*, accipiat.

56) *Can.* 14. Si quis clericus pecuniam dederit ad usuram, aut conductor alienae rei voluerit esse, aut turpis lucri gratia aliquod negotiationis exercuerit, depositus a communione alienus fiat.

57) Gratiani Canones. P. I. Cap. IV. pag. 37.

58) S. Berardus ad Gratiani canones P. II. T. I. Cap. 42. pag. 275.

Decret [59]) aufgenommen, wo sie folgendermassen lautet: Nec hoc quoque praetereundum esse duximus, quosdam lucri turpis cupiditate captos, usurariam exercere pecuniam, et foenore velle didescere. quod nos, non dicam in eos, qui sunt in clericali officio constituti, sed et *in laicos* cadere, qui Christianos se dici cupiunt, condolemus. Quod vindicari acrius in eos, *qui fuerit confutati* [60]), decernimus, ut omnis peccandi opportunitas adimatur. Vorgänger hatte er freylich schon an den heiligen Vätern Ambrosius [61]), Crysostomus [62]), Augustinus [63]) und Hieronymus [64]); welche schon früher in ihren Privatschriften über alles Zinsenwesen unter Christen das Verdammungsurtheil ausgesprochen hatten; allein bis auf Leo den Großen waren doch die Laien, wenigstens noch in keiner Verordnung eines römischen Bischofs, der Kirchencensur unterworfen worden. Man sieht es aber doch auch ganz deutlich selbst aus dieser Decretale, daß der Bannstrahl des Pabstes doch nur hauptsächlich gegen die

59) *Can.* 7. *Caus. XIV. Qu* 4.

60) *Confutare* heißt hier soviel als redarguere et reprehendere. *Confutati* hat daher Boehmer in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Not. 19 ad h. Can. ganz richtig so erklärt: qui fuerint specialiter per canones notati, a recipiendis usuris prohibiti et obiurgati. Dieß waren aber blos die Geistlichen.

61) *Can.* 3. *C. XIV. Qu.* 3. *Can.* 10. *Caus. XIV. Qu.* 4.

62) *Can.* 11. *Dist. LXXXVIII.*

63) *Can.* 2. *Caus. XIV. Qu.* 1. *Can.* 1. *C. XIV. Qu.* 3. *Can.* 11. *Caus. XIV. Qu.* 4.

64) *Can.* 2. *C. XIV. Qu.* 3.

Geistlichkeit gerichtet war. Von nun an bekam indessen das Zinsenverbot des kanonischen Rechts immer mehr Ausdehnung. Das Concilium zu Tarragona vom Jahr 516. schreibt zwar nur den Geistlichen vor, daß wenn sie Geld ausleihen, welches ihnen dereinst in Getraide oder Wein nach dem öffentlich bestimmten Marktpreise wieder erstattet werden soll, sie sich damit begnügen, und sollte der Schuldner die versprochene Frucht nicht um einen billigen Preis bekommen können, sie dann weiter nichts, als die dargeliehene Summe, ohne alle Vermehrung, zurück erhalten sollten [65]). Auch der Canon, den Gratian [66]) *ex Concilio Martini Papae* anführt, schärft blos den Geistlichen das Verbot der Nicäischen Kirchenversammlung aufs neue ein. Allein die Kapitularien

65) So ist der aus diesem Concilium entlehnte Canon bey Gratian, nämlich *Cap.* 5. *Caus. XIV.* *Qu.* 4. zu verstehen, wie Berardus ad Gratiani canones, P. I. Cap. XXIV. pag. 258. gezeigt hat.

66) *Can.* 4. *Caus. XIV.* *Qu.* 4. Dieser Canon ist aus der Sammlung des Bischofs Martin von Braga entlehnt, wo er *Can.* 62. ist, und es ausdrücklich heißt: Si quis *Clericus* oblitus timorem Domini, et sanctam Scripturam, quae dicit: *pecuniam suam non dedit ad usuram*, post hanc cognitionem magni Concilii foeneraverit, et centesimas exegerit, aut ex quolibet negotio turpe lucrum quaesierit, aut per diversas species vini vel frugis, vel cuiuslibet rei, emendo vel vendendo, aliqua incrementa susceperit, *de gradu suo dejectus*, alienus habeatur a clero. Es ist also hier nicht von dem Concilium die Rede, welches Pabst Martin I. im Jahr 649. mit 105 Bischöfen gegen die Secte der Monotheliten hielt. S. Berardus ad Gratiani Canones. P. I. Cap. 33. p. 293. und 304.

Carls des Großen [67]), und die Concilien des neunten Jahrhunderts, z. B. das Concilium zu Constanz vom Jahr 814. [68]) und das Pariser vom Jahr 829. [69]) geben wider Geistliche und Laien, und stellen die Zinsforderung als ein *execrabile, Deoque detestabile avaritiae genus* dar. Allein noch gegen das Ende des neunten Jahrhunderts trat bey den Griechen der berühmte Patriarch Photius zu Constantinopel auf, welcher in seinem Nomocanon [70]) lehrte, daß man denn doch jenes Verbot gegen die Geistlichkeit in Betreff des Zinsennehmens nicht gar zu weit ausdehnen müsse, indem es überall nur von solchen Zinsen rede, die man sich bey dem Darlehn als einen Gewinn versprechen lasse. Es sey also nicht verboten, Zinsen, als eine Entschädigung für den ungebührlichen Verzug in Wiederbezahlung des Kapitals, vom Schuldner zu fordern. Solche Zinsen wären auch in einer von den Novellen des Kaisers Justinian der Kirche bey den legatis piis zugebilliget worden. *Prohibitio*, sagt dieser gelehrte Patriarch, *ne clerici usuras accipiant, mihi videtur omnino loqui de iis, quae ex mutuo, seu ex pacto dantur, non de iis, quae tacite ex mora debentur, in bonae fidei actionibus. — Certe Novellarum constitutio dicit, in piis legatis ex*

67) *Lib. VI. Cap.* 104. Quoniam venerandi canones et divina prohibet auctoritas usuras accipere, ideo nullus hoc *Clericorum* facere praesumat, et in quantum poterint, *laicis* vetare studeant.

68) *Can.* 17. bey HARDUIN Concilior. Tom. IV. pag. 1054.

69) *Can.* 53. bey Harduin. T. IV. pag. 1328.

70) *Tit. IX. Cap.* 27. S. THOMASSINUS Vet. et nova Ecclesiae disciplina P. III. Lib. III. Cap. 19. §. 6. p. 114. Edit. *Magontiat.*

mora peti usuras et fructus. Dieser Erklärung gab auch Balsamon seinen vollkommenen Beyfall, wenn er zu Photius bemerkt: *Gratias age Photio patriarchae, qui recte interpretatus est, Episcopos et clericos posse usuras, tanquam id, quod interest, petere.*

Wie wenig jedoch überhaupt alle bisherigen Verbote das Zinsennehmen sowohl bey den Geistlichen als Laien zu hindern vermochten, beweisen die neueren Verordnungen der Päbste aus den 12ten und folgenden Jahrhunderten. Merkwürdig ist, wegen der den Zinswucherern angedrohten Strafen, die sie auch noch nach ihrem Tode treffen sollen, die Verordnung des Pabstes Alexander III. welche er auf dem dritten lateranensischen Concilium im Jahre 1179. bekanntmachte, und folgenden Inhalts ist [71]): Quia *in omnibus fere locis* ita crimen usurarum invaluit, ut multi, aliis negotiis praetermissis, quasi licite usuras exerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideo constituimus, quod usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes [72]) eorum quisquam accipiat. Qui autem acceperit, vel Christianae tradiderit sepulturae, et ea, quae acceperit, reddere compellatur, et, donec ad arbitrium Episcopi sui satisfaciat, ab officii sui maneat exsecutione suspensus. Eben dieser Pabst publicirte auch hierauf auf

71) *Cap.* 3. *X. de Usuris.* (V. 19.)

72) Unrichtig liest hier die Böhmerische Ausgabe, statt *oblationes*, *obligationes.* Man sehe die *Decretales Alexandri III.* Tit. IX. cap. 1. als den 2. Anhang im 2. Th. des Böhmerschen Corp. iur. can. pag. 191.

dem Concilium zu Tours im Jahr 1180. noch eine besondere Verordnung wider das Zinsennehmen der Geistlichen [73]), worin er ihnen namentlich den antichretischen Pfandvertrag untersagte, und zwar bey Strafe der Absetzung, jedoch mit der Ausnahme, wenn durch den antichretischen Vertrag ein Unterpfand, welches ein beneficium ecclesiae war, das heißt, in Zehnten besteht, die der Kirche gehörten, und in die Hände eines Laienbesitzers gerathen sind, wieder an die Kirche gebracht werden könnte. Hier sollen die Früchte nicht auf das Kapital abgerechnet, und der Schuldner, wenn er das Pfand etwa, durch Bezahlung des Kapitals, wieder einlösen wollte, mit der *exceptio iniustae possessionis* zurückgewiesen werden. Dieß ist der Sinn der letztern Worte: *nisi forte ecclesiae beneficium fuerit, quod redimentum ei hoc modo de manu laici videatur*, wie Gonzalez Tellez [74]) und Böhmer [75]) dieselben ganz richtig erklärt haben. Ich übergehe die übrigen Verordnungen der Päbste Alexanders III. [76]), Urbans III. [77]) und Innocenz III. [78]) welche in der Raymundiani-

73) *Cap.* 1. *X. de Usuris.* S. *Zeg. Bern. van* ESPEN Commentar. in ius nov. Canonicum P. II. Sect. II. Observat. in canones Turonens. ad can. 2. *Operum* Tom. VIII. pag. 125. edit. *Gibert.*

74) Commentar. ad Cap. 43. X. de electione nr. 11. Tom. I. *Commentarior. in Decretales Gregorii. IX.* pag. 349.

75) Ad Cap. I. X. de Usuris not. 13. T. II. *Corp. iur. canon.* pag. 776.

76) *Cap.* 2. 4. 5. 6. 7. 8. 9. *X. h. t.*

77) *Cap.* 10. *X. eodem.*

78) *Cap.* 11. 12. 13. 14. 15. 17. *et* 18. *X. eodem.*

schen Decretalen Sammlung enthalten sind, und streng auf die Restitution erhobener Zinsen dringen, wenn auch Juden von Christen Zinsen genommen [79]), ja der Schuldner dem Gläubiger sogar mittelst Eides versprochen hätte, die Zinsen nicht zurückfordern zu wollen [80]); wofern nicht die Armuth dem Gläubiger zur Entschuldigung gereicht [81]). Uebrigens wird auch nicht einmal das foenus nauticum gebilliget, wobey doch der Gläubiger den Verlust des ganzen Kapitals riskirt, wenn anders die Leseart in der Verordnung des Pabsts Gregor des IX. [82]) richtig ist, woran jedoch mehrere [83]) darum zwei-

79) *Cap.* 12 et 18. *X. eodem.*

80) *Cap.* 13. *X. eodem.*

81) *Cap.* 5. *X. eodem.*

82) *Cap.* 19. *X. h. t.* Naviganti vel eunti ad nundinas, certam mutuans pecuniae quantitatem, eo, *quod suscipit in se periculum*, recepturus aliquid ultra sortem, *usurarius est censendus.* Ille quoque qui dat X. solidos, ut alio tempore totidem sibi grani, vini vel olei mensurae reddantur, quae licet tunc plus valeant, utrum plus vel minus solutionis tempore fuerint valiturae, verisimiliter dubitatur, non debet ex hoc usurarius reputari. Ratione huius dubii etiam excusatur, qui pannos, granum, vinum, oleum vel alias merces vendit, ut amplius, quam tunc valeant, in certo termino recipiat pro eisdem: si tamen ea tempore contractus non fuerat venditurus.

83) *I. H.* Boehmer in not. 90. ad Cap. ult. X. h. t. T. II. edit. suae pag. 781. glaubt, es müsse usurarius *non* est censendus gelesen werden. Eben dieser Meinung waren auch schon ältere Gelehrten, z. B. *Lud.* Engel in Colleg. univ. iuris canon. Lib. V. Tit. 19 §. 2. nr. 15. und *Paul.* Laymann in Theolog. moral.

sein wollen, weil doch der Gläubiger in eben dieser Verordnung entschuldiget wird, wenn er sich statt des Ka-

Lib. III. Tr. IV. Cap. 16. nr. 13. So lieset auch wirklich GONZALEZ TELLEZ in Comment. in Decretal. Gregor. IX. Tom. V. pag. 366. Es ist auch nicht zu läugnen, daß diese Emendation fast der ganze Zusammenhang und Inhalt der Verordnung, ja die Gleichheit des gesetzlichen Grundes, nothwendig mache. Denn ohne eine Negation auch für den ersten Fall anzunehmen, ist es schwer, zwischen diesem und den folgenden in der Verordnung enthaltenen Fällen einen rechten Verbindungsgrund zu finden, weil die Worte: *Ille quoque* sichtbar anzudeuten scheinen, daß dasjenige, was in dem ersten Falle Rechtens ist, auch in den folgenden Fällen gelten solle. Denn sonst hätte es ja Ille *vero*, oder ille contra heißen müssen. Mögen nun auch alle Handschriften der gedachten Emendation widerstreiten, so dürfte doch leicht der Grund der innern Verbindung und des Zusammenhangs von ungleich größerm Gewichte seyn. Hiermit rechtfertiget vorzüglich Böhmer die negative Leseart. Dennoch vertheidigen die neuern Canonisten die gemeine Leseart, und diese hat allerdings folgenden entscheidenden Grund für sich. Der *Frater R.* an welchen diese Verordnung des Pabsts Gregor IX. gerichtet ist, ist kein anderer, als RAYMUNDUS *de* PENNA FORTI, der bekannte Verfasser der Gregorianischen Dekretalensammlung. Dieser hatte vor der erwähnten Sammlung eine *Summa de poenitentia* geschrieben, in welcher er in einem besondern Titel des zweyten Buchs auch de Usuris handelt, und die er nach dieser Sammlung noch verbesserte. In diesem Titel §. 7. wird nun mit denselbigen Worten, deren sich Gregor IX. in unserm Text bedient hat, derjenige für einen Usurarius erklärt, der sich für die Uebernehmung der Gefahr des Kapitals mehr, als er dargeliehen hat, versprechen läßt, und dieses wird nicht nur mit ver-

pitals Getraide, Wein oder Oel ausbedungen hat, obgleich diese Früchte zur Zeit der Wiederbezahlung weit mehr am Werthe, als das Kapital, betragen sollten, weil der Preis derselben sehr wandelbar und ungewiß ist. Pabst Gregor X. erneuerte nicht nur auf dem General-Concilium zu Lion im Jahre 1274. das Verbot des Lateranensischen Conciliums, sondern bedrohte auch jedes Collegium, jede Personengemeinheit mit dem Interdict, welche fremde Zinswucherer unter sich dulden, und nicht

schiedenen Gründen bestärkt, sondern auch nachher hinzugefügt: *expressam hodie esse Decretalem de hoc casu*. Vermuthlich hatte Raymund, als Päbstlicher Kapellan, diese Fälle dem Pabst zur Entscheidung vorgetragen, und dieses Decretalschreiben an ihn veranlaßt. Es kann also wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß diese Decision entweder aus der gedachten *Summa* des Raymundus in die Decretalensammlung Gregors IX. oder aus dieser in die Summa des Raymunds übertragen worden sey. Daher unterscheidet auch Lancelottus Institutionum iuris canonici Lib. IV. Tit. 7. §. 10. den ersten Fall unsers Textes ausdrücklich von den beyden übrigen, als ganz verschiedenen Rechts. Man vergleiche hier vorzüglich *P. Franc. Xav.* Zech Rigor moderatus doctrinae pontificiae circa Usuras. Dissertat. II. *Ingolstadii* 1749. 4. Cap. I. Sect. III. §. 63. pag. 37 — 39. *Car. Sebast.* Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. IV. (*Venetiis* 1778. 4.) P. I. Dissertat. V. Cap. IV. pag. 144. u. *Ant.* Schmidt Institution. iuris ecclesiast. Germ. Tom. II. P. IV. §. 38. Not. **. Ueber die Erklärung dieses Cap. sind ebenfalls die Meinungen der Canonisten sehr verschieden. Man sehe hier *Henr.* Linck Commentar. in Decretales Lib. V. Tit. 19. § 6. Engel Colleg. iur. canon. c. l. nr. 15. pag. 1005. und Zech cit. Diss. II. c. l. §. 64 et 65.

binnen drey Monaten aus ihrem Distrikt vertreiben, sondern ihnen wohl gar zu ihrer Zinswucherey Häuser vermiethen würde [84]). Ueberwiesene Zinswucherer sollen auch weder gültige Zeugen bey Testamenten, noch die Testamente derselben gültig seyn [85]). Ja Pabst Clemens V. gieng so weit, daß er auf dem Concilium zu Vienne im Jahre 1311. nicht nur alle Statuten der Städte, welche die Zinsen erlaubten, für nichtig erklärte, und alle Obrigkeiten und Richter, welche darnach sprechen würden, mit dem Kirchenbann bedrohte; sondern auch die Lehre des Kirchenrechts fast bis zum Glaubensartikel erhob, daß das Zinsennehmen eine Sünde sey, indem er jeden, welcher hartnäckig das Gegentheil behaupten würde, als einen Ketzer bestraft wissen wollte [86]).

So boten also die Päbste alle nur ersinnliche Mittel auf, ihren gedroheten Strafen Nachdruck und Gewicht zu verschaffen. Jedoch vergebens. Denn auch davon abgesehen, daß ihre Verordnungen auf einer ganz unrichtigen Anwendung der oben angeführten biblischen Stellen beruhten; so leuchtete auch aus ihnen nur ja zu hell das Bestreben der Päbste hervor, ihre geistliche Herrschaft auch über Gegenstände des öffentlichen Handels und Verkehrs, welche doch gar nicht für sie, sondern für die Gewalt der weltlichen Obrigkeit gehörten, auszudehnen, und sie ihrer geistlichen Gewalt zu unterwerfen [87]). Die

84) *Cap. 1. de Usuris in 6to.*

85) *Cap. 2. eodem.*

86) *Clem. un. de Usuris.*

87) Boehmer iur. eccles. Protestant. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 25.

Staatsgewalt behauptete daher ihre Rechte, und die Päbste wurden durch die Erfahrung immer mehr und mehr belehrt, daß das Zinsenverbieten in Staaten und Ländern, wo Verkehr und Handel blühen soll, der größte Fehler der Gesetzgebung sey. Man ließ daher selbst päbstlicher Seits die Zinsen nur unter andern Namen, nämlich unter dem Namen jährlicher Renten, oder eines Interesse, als Vergütung eines entzogenen Gewinnes, oder zugefügten Schadens, zu [88]). In Deutschland befolgte man indessen das Verbot des Canonischen Rechts streng bis ins 17te Jahrhundert, in welchem für alle Zinsen durch die Reichsgesetze derjenige allgemeine Zinsfuß eingeführt wurde, nach welchem wir uns noch jetzt richten.

Ob nun gleich die neuern Römischen, und die deutschen Reichs-Privatgesetze Zinsenforderungen an sich nicht mißbilligen, so ist doch nicht zu läugnen, daß sie einen gewissen Haß gegen diese Art des Erwerbs zu erkennen geben, welcher wohl eher aus der Geschichte jener ersten Zeiten der römischen Republic, wo das gemeine Volk von den Patriciern sehr hart mit Zinsen gedrückt wurde, ein Uebel, welches, wie Tacitus [90]) sagt, *seditionum discordiarumque creberrima causa* war; als aus einem übergroßen Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz und Gesetzgebung zu erklären ist [91]).

88) *Cap.* 1. *Extravag. commun. de emt. vendit.* NOODT de foen. et usur. Lib. I. cap. 12. BOEHMER c. l. §. 24. und ZECH Rigor moderatus doctrinae pontificiae circa usuras Diss. II.

90) *Annal.* VI. 16.

91) Dieser Meinung sind zwar MERILLIUS Observat. Lib. I. cap. 13. und *Christ. Henr.* ECKHARD Hermeneut.

Es ist auch nicht zu läugnen, daß die Zinsen schon, ihrer Natur nach, darin etwas Gehäßiges mit sich führen, daß sie gerade eine solche Art des Erwerbs sind, wo insgemein der Wohlhabende aus der Verlegenheit des Bedürftigen Vortheile zu ziehen sucht. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß selbst die Gesetze des Römischen Rechts Zinsenforderungen nicht sehr begünstigen, indem sie sich theils in manchen Fällen gegen ihre Zulässigkeit erklären, selbst da, wo sogar die natürliche Billigkeit nichts dagegen zu erinnern haben würde [92]; theils, wenn auch die Zinsen an sich gegründet sind, dennoch entweder die Größe derselben, auch sogar in letzten Willensverordnungen, wo doch sonst der Freigebigkeit der Erblasser durch Vermächtnisse ein ziemlich freies Feld geöffnet ist [93], oder die Rechtsverfolgung in Ansehung derselben sehr beschränken [94]; theils den Richter anweisen, in zweifelhaften Fällen mehr dawider, als dafür zu erkennen [95].

iuris. Lib. I. Cap. IV. §. 145. Allein man sehe, was dagegen WALCH ad ECKHARDUM pag. 256. und schon vor ihm Joh. Aug. Bach in der unpartheyischen Critik über jurist. Schriften. 2. B. 1. St. S. 18. f. erinnert hat.

92) Man sehe z. B. *L. 20. §. 14. D. de hereditat. petit. L. 4. Cod. de condict. ob turpem caus.*

93) *L. 3. §. ult. D. de annuis legatis.*

94) *L. 49. §. 1. D. de act. E. et V. L. 4. Cod. depositi. L. 13. C. de Usur.*

95) Man vergleiche hier vorzüglich Adolph Diet. Weber über den Haß der Zinsen, in desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 225—231.

§. 1130.

Rechtliche Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

Die Zinsen bringt nun nicht die Natur so, wie die Früchte, hervor, sondern sie erfordern einen äußern Rechtsgrund, wodurch der Schuldner zur Bezahlung derselben verpflichtet wird. So lehrt Papinian, wenn er *libro VI. Quaestionum* 96) sagt: Usura non natura pervenit, sed IURE *percipitur*, und Pomponius folgert hieraus *libro VI. ad Quintum Mucium* 97), daß die usura pecuniae, quam percipimus, nicht in fructu sey: quia non *ex ipso corpore*, sed *ex alia causa* est, id est, *nova obligatione*.

Es entsteht daher die Frage, welches sind die gesetzlich anerkannten Gründe, aus denen eine Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen entspringt 98)? In den Römischen Gesetzen werden nur zwey Hauptgründe der Verpflichtung zu Zinsen angegeben, 1) *obligatio*, wenn sich der Schuldner selbst freywillig durch Eingehung eines Contractsverhältnisses zur Zinsenzahlung anheischig gemacht hat, und 2) *officium iudi-*

96) *L. 62. pr. D. de rei vind.*

97) *L. 121. D. de Verbor. Signif.*

98) DONELLUS de Usuris Cap. 3. NOODT de Foen. et Usur. Lib. III. Cap. 1 — 13. Ab. Diet. Weber über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen; in desselben Versuchen über das Civilrecht. Nr. III. S. 223. ff. *Ios.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogenianum. T. I. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. §. 6. sqq. pag. 466. sqq. und *Henr.* KOELLE Diss. de fundamentis usurarum praestationis. *Erlangae* 1795. 8.

cis, wenn der Richter dem Gläubiger nach Maaßgebung der Gesetze Zinsen zuerkennen kann, ohne daß der Schuldner sich freywillig dazu anheischig gemacht hat. Dieß ist die Vorstellungsart der Römischen Rechtsgelehrten, welche sich in Justinians Pandecten findet. So lehren Paulus [99]), Papinianus [100]) und Hermogenian [1]).

I. Eine *obligatio* entsteht aber

1) durch Vertrag, und zwar entweder durch Stipulation [2]), oder durch ein pactum contractui bonae fidei adjectum [3]). Ein pactum nudum wirkte in der Regel keine obligatio [4]), sondern hinderte nur die Zurückforderung der schon bezahlten Zinsen [5]).

2) Durch Antretung einer Erbschaft aus einer letzten Willensverordnung, worin der Testirer dem Erben anbefohlen hat, die Zinsen des Legats bis zur Auszah-

99) *L.* 54. *pr. D. Locati.*

100) *L.* 58. *pr. D. ad SCtum Trebell.* Usurae *vel in obligatione*, vel *in officio iudicis* sunt.

1) *L.* 49. §. 1. *D. de act. Emti et Vend.*

2) Ohne Bestimmung einer gewissen Größe der Zinsen war jedoch die Stipulation nichtig. *L.* 31. *D. h. t.* Nur bey Argentarien machte Justinian die Ausnahme, daß ein unbestimmtes Zinsenversprechen bey ihnen von 8 Procent zu verstehen seyn soll. Nov. CXXXVI. c. 5. S. Noodt de F. et U. Lib. III. cap. 3.

3) *L.* 24. *in fin. D. depositi.* L. 5. *Cod. de pactis inter emtor. et venditor. composit.*

4) Paulus *Receptar. Sententiar Lib. II. Tit.* 14. §. 1. *L.* 24. *D. de praescript. verb.*

5) *L.* 3. *Cod. h. t.*

lung desselben zu entrichten [6]); woraus eine obligatio quasi ex contractu begründet wird [7]).

II. Das *officium iudicis* äussert sich hingegen in allen den Fällen wirksam, wo die Gesetze den Richter berechtigen, neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch auf die Zinsen zu erkennen, z. B. wegen Verzugs, oder wegen der Billigkeit, oder wegen besonderer Begünstigung des Gläubigers, u. dergl [8]). Solche Zinsen, welche officio iudicis zuerkannt wurden, konnten jedoch, als eine obligatio accessoria, nur mit der Hauptklage gefordert werden, wenn das iudicium bonae fidei war. Usura enim, sagt Paulus [9]), *in bonae fidei iudiciis*, etsi non *ex obligatione* proficiscantur, tamen *ex officio iudicis* applicantur; — Quia, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte [10]) sagt, tantundem in bonae fidei iudiciis *officium iudicis* valet, quantum *in stipulatione* nominatim eius rei facta interrogatio. Daher war mit Erlöschung der Hauptklage die Zinsenforderung erloschen, wie Hermogenian *lib. II. Iuris Epitomarum* [11]) lehrt: Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt,

6) *L. 3. §. 6. D. de annuis legatis.*

7) *§. 5. I. de obligat. quae quasi ex contr. nascuntur.*

8) L. 32. §. 2. *D. h. t.* L. 2 *Cod. eodem.* L. 12. §. 9. *D. Mandati.* L. 5. C. *de act. emti et vend.* L. 1. §. 1. *D. h. t.*

9) *L. 54. pr. D. Locati cond.*

10) *L. 7. D. de negotiis gestis.*

11) *L. 49. §. 1. D. de act. emti et vend.*

cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur[12]).

Ganz anders verhielt es sich, wenn die Zinsen aus einer obligatio gefordert wurden. Hier begründet die Stipulation oder die Erbschaftsantretung eine eigne Klage, welche der Zinsen wegen gültig bleibt, wenn auch die Hauptschuld schon getilgt ist[13]). Denn es ist hier eine zweyfache obligatio vorhanden, una sortis, altera usurarum, und die eine hebt die andere nicht auf[14])

Ursprünglich war diese obligatio der einzige Verpflichtungsgrund zur Zinsenzahlung, und nur in iudiciis stricti iuris gültig. Man findet daher weder bey Cicero, noch bey irgend einem andern Classiker des römischen Freistaats, eine Spur davon, daß ohne Stipulation Zinsen officio iudicis wären zuerkannt worden. Es war demnach eine neue Lehre des Labeo, welche Pomponius *libro XIII. ad Sabinum*[15]) vorträgt, daß der

12) Man verbinde damit noch vorzüglich *L. 4. Cod. Depositi* (IV. 34.)

13) *L. 8. D. de eo, quod certo loco. L. 75. §. 9. D. de Verbor. obligat.* S. Finestres Commentar. in Hermogenian. ad L. 49. §. 1. D. de act. emti et vend. §. 2. pag. 477. und Noodt de F. et U. Lib. III. cap. 6. §. 1.

14) L. 121. *D. de Verb. Significat.*

15) L. 60. *D. Pro socio.* Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non

Socius, welcher säumig ist, den Gewinn, den er für die Gesellschaft gemacht hat, zur Gesellschaftscasse abzuliefern, und das Geld selbst genutzt hat, die Zinsen davon, blos als ein Interesse, der Gesellschaftscasse zu vergüten habe. Er fand Bedenken, die Zinsen, wegen des unter Gesellschaftern angenommenen Fraternitätsverhältnisses, als Zinsen anzusehen. Er betrachtete sie nur als einen Ersatz für den sich zugeeigneten Nutzen, welchen der Socius während der Zeit, da er das Geld hätte zur Gesellschaftscasse abliefern sollen, von demselben gezogen hat, und den er, wegen der unter Gesellschaftsmitgliedern statthabenden Rechtsgleichheit, billig mittheilen muß. Wegen dieser hier eintretenden besondern Gründe führte daher Pomponius *libro VI. ad Q. Mucium*[16]) die obligatio zu seinen Zeiten noch mit Recht, als das einzige Fundament Zinsen zu bezahlen, an. Es begründete nach der Lehre des Labeo, der Verzug bey der Societät nur dann eine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung, wenn der säumige Socius zugleich die Gelder für sich benutzt hatte. Also weit entfernt, daß sich dieselbe auf alle bonae fidei iudicia erstrekt hätte, schränkte sie sich blos auf die actio pro socio ein, wenn nämlich, während dem die Societät noch besteht, diese

fecerit, contra esse. Wenn hier statt *cum ea*, mit Cujaz Observat. XIII. 15. dem auch Noodt de F. et Us. Lib. I. cap. 5. beystimmt, *aut* cum ea gelesen werden müßte, so würde dadurch die Lehre des Labeo offenbar entstellt, und ein ganz unrichtiges [illegible] herbeygeführt werden, wie ich im 15ten Th. dieses Commentars §. 968. Not. 77. S. 442. gezeigt habe.

16) *L.* 121. *D. de Verb. Signif.*

Klage erhoben wird, wie aus den letzten Worten der *L.* 60. *D. pro Socio* erhellet, wo Pomponius sagt: item *post mortem socii* nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, *quia morte socii dirimatur societas* [17]). Erst in der Folge ward durch die Verordnungen der Kaiser der Grundsatz allgemein eingeführt, daß in den iudiciis bonae fidei bey Zinsen das officium iudicis eben so viel vermögen solle, als eine deshalb ausdrücklich errichtete Stipulation.

Et est quidem *constitutum*, so lehrt Papinian *libro IX. Quaestionum* [18]): in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, *ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

Diesem neuern Rechte seines Zeitalters gemäß, sagt denn auch Ulpian *libro XV. ad Edictum* [19]):

Usurae vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, *et in caeteris iudiciis bonae fidei servatur.*

Ja es ist merkwürdig, daß eben dieser Ulpian *libro X. ad Edictum* [20]) es auch den Constitutionen zuschreibt, daß der Richter in bonae fidei iudiciis dem Kläger diejenigen Zinsen zuerkennen könne, *quae in*

17) S. NOODT de Foen. et Us. Lib. III. cap. 6 pag. 243. sq. und POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. P. II. Nr. XLVI. not. h.

18) *L. 24. D. Depositi.*

19) *L. 34. D. de Usuris.*

20) *L. 37. D. eodem.*

regione frequentantur. Nun erst konnte der viel jüngere Marcian den Satz, als ganz allgemein, in seine Rechtsregeln [21]) aufnehmen: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.* Nun begründete der Verzug des Schuldners für sich allein einen Verpflichtungsgrund Zinsen zu bezahlen. Vielleicht war Divus Pius der erste, welcher diese Regel sanctionirte. Noodt [22]) hat diese Vermuthung wenigstens sehr wahrscheinlich gemacht. Es ist auch allerdings glaublich, daß der weitumfassende Sinn der bey den iudiciis bonae fidei üblichen Formel *ex bona fide* die Veranlassung dazu gegeben habe [23]). Soviel ist indessen gewiß, daß man diese Regel nun auf die einzelnen bonae fidei negotia, nämlich auf den Kauf [24]), Pacht [25]), Depositum [26]), Mandat [27]), negotiorum gestio [28]) u. s. w. anwendete. Nur bey dem Societätscontract behielt man aus den oben angeführten besondern Gründen die Lehre des Labeo bey [29]).

Dieß ist die Vorstellungsart der römischen Rechtsgelehrten. Daß sie indessen keine befriedigende Theorie

21) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

22) De foen. et usur. Lib. III. cap. 6. §. Ut ut. pag. 244.

23) S. Finestres Commentar. in Hermogen. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. §. 8. pag. 468.

24) *L.* 19. *D. de per. et com. rei vend.*

25) *L.* 17. §. 4. *D. h. t.*

26) *L.* 2. *L.* 4. *Cod. Depositi.*

27) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.*

28) *L.* 7. *D. de negot. gest.*

29) *L.* 60. *D. pro socio.*

des eigentlichen Grundes der Zinsen gewähre, ist schon von Andern bemerkt worden. Denn nicht zu gedenken, daß ja das officium judicis selbst Gründe des Rechts, oder einer rechtlich anerkannten Billigkeit voraussetzt, welche doch erst näher angegeben werden müssen, weil der Richter keine Zinsen zuerkennen kann, wenn man solche nicht zu fordern berechtiget ist; so ist auch die ganze Vorstellungsart für das heutige Recht darum unbrauchbar, weil sie sich auf den römischen jetzt antiquirten Unterschied zwischen iudicia bonae fidei und stricti juris gründet. Hellfeld hat daher auch die römische Vorstellungsart nicht beybehalten, allein seine Theorie ist eben so unbefriedigend und mangelhaft. Er will nicht mehr als zwey Hauptgründe anerkennen, nämlich Vertrag und Verzug. Gerade eben so Westenberg [30]. Wie wenig aber diese beyden Gründe das Ganze erschöpfen, wenn wir damit die Gesetze vergleichen, wird sich in der Folge ergeben.

Auf folgende Art läßt sich wohl die Theorie von den rechtlichen Gründen der Zinsenforderung am richtigsten bilden [31].

Zinsen können ihren Grund haben

I. in einer Willenserklärung des Schuldners, und diese kann

1) ein Vertrag seyn. *Usurae conventionales.* Hierdurch können Zinsen bey einer jeden rechtmäßigen

30) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 11.

31) S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 436. und Schweppe Römisches Privatrecht. §. 194. der 2. Ausgabe.

Schuldforderung bedungen werden. Das Römische Recht erforderte zwar beym Darlehn eine Stipulation, und nur wenige Fälle waren ausgenommen, in welchen das pactum allein genügte, zur Begründung einer Zinsenforderung; wie ich schon an einem andern Orte [32]) gezeigt habe. Allein heut zu Tage ist der bloße Vertrag so wirksam, als die römische Stipulation, und es kommt auch darauf nicht an, ob der Vertrag dem Hauptgeschäft gleich beygefügt, oder erst nachher erfolgt ist [33]). Zuweilen werden Zinsen sogar als stillschweigend bedungen angesehen, wenn sich's schon von selbst versteht, daß Zinsen gegeben werden müssen. Z. B wenn Jemand von einem öffentlichen Leihause, oder Banquier, oder Argentarius Geld aufnimmt [34]). Bey Wechseln wollen mehrere [35]) ein Gleiches behaupten, welches aber von andern bestritten wird [36]).

2) Eine einseitige Willenserklärung

a) durch Pollicitation, wenn jemand einer Kirche, oder sonst einer res publica, ausser einer Haupt-

32) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 3. f.

33) S. Webers angef. Versuche S. 243. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1842.

34) *Nov. CXXXVI. cap.* 4. Boehmer Iur. Eccl. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 32. in fin. *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae. *Goettingae* 1750. §. 27. pag. 71. und Beieke Thesaur. iur. cambial. P. I. Sect. I. Cap. I. §. 8. pag. 46.

35) S. Ayrer cit. Diss. §. 27. von Moshamm Wechselrecht. §. 113.

36) Siegel Einleitung zum Wechselrecht. 1. Th. 1. Kap. §. 11. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 19.

summe auch noch die Verzinsung derselben bis zu ihrer Abtragung angelobet hat [37]).

b) Durch Antretung einer Erbschaft aus einem letzten Willen, worin der Testirer dem Erben die Verzinsung einer legirten Summe bis zu deren Auszahlung auferlegt hat [38]). *Usurae testamentariae.*

Zinsen können aber auch

II. in einer andern verbindlichen Handlung des Verpflichteten ihren Grund haben, ohne Willenserklärung desselben. Dieß kann entweder

1) eine erlaubte seyn. Z. B. wenn ein Procurator oder negotiorum gestor die erhobenen Gelder seines Principals verzinßlich ausgeliehen, und Zinsen daraus erhoben hat [39]). Oder

2) ein unerlaubte Handlung. *Usurae punitoriae.* Dahin gehört

37) *L.* 10. *D. de pollicitat.*

38) *L.* 3. *§. ult. D. de annuis legatis.* Ulpian *lib.* 24. *ad Sabinum.* Si cui certa quantitas legetur, *et quoad praestetur in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari:* legatum valet, sed *in usuris* hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.

39) *L.* 19. *§.* 4. *D. de negot. gest. L.* 10. *§.* 3. *D. Mandati.* Ulp. Sed si pecuniam meam foenori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non: quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

a) Verzug in Abtragung der Schuld. — Verzugszinsen[40]), *Usurae morae.* Ein solcher Verzug ist bey allen Arten der Verbindlichkeiten ein rechtlicher Grund zur Zinsenforderung, wo die Gesetze keine Ausnahme machen. Dergleichen Ausnahmen finden bey Schenkungen unter Lebenden[41]), bey obrigkeitlichen Geldstrafen[42]), beym Darlehn[43]) bey den stricti iuris Con-

40) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

41) *L.* 22. *D. de donat.* MODESTINUS *Lib. VIII. Differentiarum.* Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, *de mora solutionis pecuniae usuras non debere*, summae aequitatis est. Eben dieses gilt auch von einer Pollicitation, welche blos liberalitatis in Rem publicam factae causa geschehen ist. Daß auch hier keine Verzugszinsen gefordert werden können, lehrt *L.* 16. *D. de Usuris.* S. *Jo. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiarum supersunt. *Lugd. Bat.* 1750. Cap. 9. in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iuridic. selectiss. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 82. sqq.

42) *L.* 9. *D. de magistrat. conveniend.* MODESTINUS *lib. IV. Pandectar.* Constitutum est, *poenarum usuras* peti non posse. — *L.* 1. *Cod. de fiscal. usur.* (X. 8.) Imp. ANTONINUS. Eius summae, quam tibi *poenae nomine* inflictam probaturus es, *usurae* non exigentur.

43) *L.* 24. *D. de praescript. verb. L.* 9. *Cod.* de non num. pec. S. den 12. Th. dieses Commentars. §. 779. S. 2. Heut zu Tage können jedoch auch beim Darlehn Verzugszinsen gefordert werden. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1873.

tracten [44]) und beym Fiscus [45]) Statt. Uebrigens können mit allen Klagen Verzugszinsen gefordert werden,

44) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 249. f. Dieß fällt heut zu Tage weg.

45) *L. 17. §. 5. D. h. t.* PAULUS *lib. sing. de Usuris.* Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit. Daß hier vorzüglich von Verzugszinsen die Rede ist, von denen der Fiscus freygesprochen wird, erhellet ganz klar aus den folgenden Worten: *ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus.* Unter *foricarii* werden hier, wie CUJACIUS Observation. Lib. XXII. cap. 34. lehrt, diejenigen verstanden, qui loca publica, quae foricas et culinas appellabant, certo pretio a fisco conducunt, ut inde ferant minuta aera a singulis, quos in foro subita exonerandi se necessitas deprehendit. Es waren also diejenigen, welche die öffentlichen Abtritte (foricae) gemiethet hatten, und sich von denen für den Gebrauch bezahlen ließen, welchen es auf der Straße oder in foro ankam, sich ihrer zu bedienen. JUVENALIS gedenkt ihrer, wenn er *Satyr.* III. v. 38. sagt: Inde reversi, conducunt foricas. Daher kommt vectigal foricularii in einer Inscription bey MURATORI Inscript. pag. 573. n. 4. vor, wie Scheller in seinem lat. deutsch. Lexicon voc. *Foricularius* bemerkt. NOODT de foen. et usur. Lib. III. cap. 10. welcher übrigens die Erklärung des Cujaz nicht verwirft, glaubt, man könnte unter dem vectigal foricarium auch vectigal vinarium verstehen, wie er ebenfalls aus einer Inscription bey GRUTERUS pag. 199. zu erweisen sucht. Es hat indessen schon der Scholiast zu Juvenal bemerkt, daß die Alten über die Bedeutung des Worts *Forica* verschiedener Meinung gewesen, indem einige auch tabernas foro vicinas unter *foricae* verstanden hätten. Diese Bedeutung hält Heineccius bey BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Foricarius.* hier für

und es giebt sogar Klagen, welche sonst stricti iuris sind, die aber doch in Absicht auf die Zinsen den bonae fidei iudiciis sind gleichgesetzt worden. Z. B. die actio ex testamento, und die actio ex pollicitatione ob causam [46]. Daher können bey Vermächtnissen und Fidei-

die passendste, und versteht daher unter *Foricarii* tabernarum circa forum conductores. Daher stimmt auch *Guil.* BUDAEUS in Annotation. in Pandect. ad h. L. fol. 194. überein, allein er will statt foricarii, *fornicarii* lesen, und erklärt diesen Ausdruck folgendermaßen: *Fornicarii* sunt opifices et propolae et institores, qui tabernas a fisco conducunt sub fornicibus; ut ibi merces suas venales habeant; cuiusmodi esse solent in porticibus fori venalium, id est, macelli, quas fallas appellant. *Fornices* autem arcus erant in memoriam rerum a triumphalibus viris gestarum exstructi, quasi monumenta victoriarum. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist doch soviel gewiß, daß hier von Verzugszinsen die Rede ist, die der Fiscus wegen verzögerter Zahlung des Miethgeldes fordern kann, wenn auch der Schuldner nicht gemahnt worden ist. Der Fiscus selbst giebt also keine Verzugszinsen, ausgenommen, wenn er in die Stelle eines Privatschuldners eintritt. Dieß ist die Ausnahme, welche hier Paulus macht, wenn er hinzufügt: *cum autem in loco privati successit, etiam dare solet.* S. NOODT de foen. et usur. Lib. III. cap. 8. und *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad h. L. pag. 762. Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch dem Fiscus dieses Privilegium heut zu Tage bestreiten. S. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 16. und Quistorps rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. 54.

46) S. *Ger.* NOODT de F. et U. Lib. III. cap. 7.

commissen [47]), ferner aus einer Pollicitation, welche durch besondere Gründe motivirt ist, Zinsen des Verzugs gefordert werden [48])

b) **Unbefugte Verwendung fremder Gelder zu eignem Nutzen.** Dieser Grund verbindet den socius [49]), den Depositar [50]), den Mandatar [51]), so wie jeden andern Geschäftsführer oder Verwalter öffentlicher

47) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. 8. §. 4. *Ex mora* praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et *usurae* peti possunt. *Mora* autem fieri videtur, cum postulanti non datur. *L.* 34. *D. h. t.*

48) *L.* 1. *pr. D. de pollicitat.* ULPIANUS *lib. singulari de officio Curatoris Reipublicae.* Si pollicitus quis fuerit Reipublicae opus se facturum, vel pecuniam daturum, in usuras non conveniatur, *sed si moram coeperit facere*, usurae accedunt, ut Imperator noster cum Divo patre suo rescripsit. Es ist dieses also durch ein Rescript der Kaiser **Severus** und **Antoninus** eingeführt worden. S. NOODT c. l. §. Tantundem. pag. 247. und van NISPEN cit. Diss. in OELRICHS Thes. cit. Vol. I. Tom. I. pag. 38.

49) *L.* 1. §. 1. *D. de Usur.* S. den 15. Th. dieses Commentars. §. 986. S. 442.

50) *L.* 28. *in fin. D. Depositi.*

51) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.* Verb. Quod si non exercuit pecuniam, *sed ad usus suos convertit*, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique PAPINIANUS ait, etiam si usuras exegerit procurator, *et in usus suos convertit*, usuras eum praestare debere.

oder Privatgelder [52]) und besonders auch den Vormund [53]) das in eignen Nutzen verwandte gemeinschaftliche oder fremde Geld zu verzinsen.

c) **Versäumung bey Eintreibung und zinsbarer Anlegung der einem Verwalter fremder Geschäfte anvertrauten Gelder.** Aus diesem Grunde müssen Stadtkämmerer [54]), Procuratoren [55]), negotiorum gestores [56]), Vormünder [57]), und nach

52) *L.* 38. *D. de negot. gest.*

53) *L.* 7. §. 10. *et* 12. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 2. *Cod. de Usur. pupillar.*

54) *L.* 17. §. 7. *D. h. t.* PAULUS *lib. sing. de usuris.* Eos, qui ex administratione rerum civitatium conveniuntur, usuris obnoxios esse, satis notum est. Idem observatur in operum curatoribus, si pecunia apud eos remansit. Sed in ea, quam redemptoribus commiserunt, etiamsi negligenter dederint, usura eis remittitur. Haec autem ita sunt, si nulla fraus arguitur: alioquin etiam usurae applicabuntur. — *L.* 9. *pr. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* PAPIRIUS JUSTUS *lib. II. de Constitutionibus.* Imperatores ANTONINUS et VERUS rescripserunt, pecuniae, quae apud curatores remansit, usuras exigendas: eius vero, quae a redemptoribus operum exigi non potest, sortis duntaxat periculum ad curatores pertinere. S. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXII. §. 11.

55) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.*

56) *L.* 19. §. 4. L. 38. *D. de negot. gest. L.* 20. *Cod. eodem. L.* 24. *C. de Usur.*

57) *L.* 7. §. 4. 11. *et* 13. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 15. *D. eodem. L.* 24. *C. eodem.*

der Analogie und Praxis auch die Administratoren des Fiscus [58].

d) Unbefugte Behinderung eines Andern in dem freien und erlaubten Gebrauche seines Geldes, z. B. durch ungerechte Arrestanlegung [59].

III. Die Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen kann auch in besondern gesetzlichen Vorschriften gegründet seyn. *Usurae legales.* Und diese beruhen entweder

1) auf einer gemeinen Rechtsregel. Dahin gehört

a) daß Derjenige, zu dessen Besten ein Anderer sein Geld verwandte, die Auslagen dem Verwalter seiner Geschäfte mit Zinsen zu erstatten verbunden ist. Vermöge dieser Regel ist der Bevollmächtigte [60] sowohl, als der nützliche Geschäftsführer [61], und namentlich der Vormund [62], so wie auch der socius [63] seine Auslagen mit Zinsen wieder zu fordern berechtiget [64].

58) S. *Frid. Es. a* PUFFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 179.

59) Arg. *L.* 33. *pr. D. ad Leg. Aquil.* S. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIV. medit. 4.

60) *L.* 12. §. 9. *D. Mandati.*

61) *L.* 19. §. 4. *D. de negot. gest.* *L.* 18. *Cod. eodem.* *L.* 37. *D. h. t.*

62) *L.* 3. §. 1. *et* 4. *D. de contraria tutelae et utili act.*

63) *L.* 67. §. 2. *D. pro socio.*

64) S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 237. ff.

b) daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll [65]. Aus diesem Grunde verbinden die Gesetze den Käufer zur Verzinsung des Kaufgeldes, wenn er gleich dasselbe aus rechtmäßiger Ursach zurückhalten konnte [66].

Oder sie sind

2) in einer besondern Begünstigung des Gläubigers gegründet. Eine solche Begünstigung kommt

a) den Pupillen und Minderjährigen zu, welche von allen Forderungen fungibler Sachen Zinsen fordern können, wenn auch weder Vertrag, noch Verzug, noch sonst einer der oben erwähnten Rechtsgründe vorhanden seyn sollte. Man pflegt zwar hier gewöhnlich eine mora ex re anzunehmen; allein diese ist keine wahre mora, denn diese setzt eine ungebührliche Verzögerung voraus, worauf es aber hier gar nicht ankommt. Es soll vielmehr da, wo sonst mora erfordert wird, das minderjährige Alter des Gläubigers die Stelle dieses Rechtsgrundes vertreten. Daher kann z. B. der Minderjährige von einer ihm vermachten Geldsumme die Zinsen gleich von dem Todestage des Testirers an fordern, auch ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Dieser besondere Zinsenlauf hört denn aber auch, wenn unterdessen kein anderer Grund eingetreten ist, mit der Volljährigkeit von selbst wieder auf. Alles dieses bestätigen folgende Gesetzstellen.

65) *L.* 206. *D. de Reg. iur.* *L.* 14. *D. de cond. ind.*

66) *L.* 13. §. 20. *et* 21. *D. de act. emti et vend.* *L.* 5. *Cod. eod.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. S. 138.

L. 87. §. 1. *D. de legat. II.* PAULUS *libro XIV. Responsorum.* Usuras fideicommissi, post impletos annos vigintiquinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi: *quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.*

L. 5. *Cod. de actionib. emti et vend.* et *L.* 3. *Cod. In quibus causis restitutio necessar. non est,* welche beyde zusammengehört haben, und nach Noodt [67]) auf folgende Art zu verbinden sind.

Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Decimo.* Curabit Praeses provinciae, compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et *minoris aetatis favor* (licet *nulla mora* intercesserit) generavit: quando in minorum persona re ipsa, et ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus, et fideicommissis et legatis.

b) Dem Fiscus. Ausser der bereits oben angeführten *L.* 17. §. 5. *D. h. t.* gehört hieher noch folgende Stelle aus Modestins *libro XI. Responsorum.*

L. 43. *D. h. t.* HERENNIUS MODESTINUS respondit, eius temporis, quod cessit, postquam

67) De foen. et usur. Lib. III. Cap. 10. pag. 253.

fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse.

Modestin hatte hier den Fall vor Augen, wo der Fiskus eine, durch das Eintreten in das Recht eines Privatus, auf ihn gekommene Forderung einem Andern wieder abgetreten hatte. Zinsen waren nicht stipulirt worden. Allein der Fiskus konnte von der Zeit an, da die Forderung des ursprünglichen Gläubigers durch das Eintreten in das Recht desselben auf ihn übergegangen war, vermöge seines Privilegiums Zinsen fordern [68]). Es entstand also die Frage, ob dieses Privilegium des Fiskus auch auf den Cessionar übergehe? Nun ist zwar die Leseart der letztern Worte dieser Stelle, worauf die Entscheidung der Frage beruhet, noch streitig, indem viele, gestützt auf die Auctorität der Basiliken [69]), petere *non* posse lesen [70]). Allein wir können hier über diesen Streit hinausgehen, da schon die Frage selbst an einem andern

68) *L. 6. D. de iure fisci.* Fiscus, cum in privati ius succedit; — *posteaquam successit, habebit privilegium suum:* — et quidem *usuras* exinde petit *fiscales*, et si breviores debeantur.

69) Tom. III. pag. 387.

70) Man sehe hier den 16. Theil dieses Commentars. §. 1019. S. 404. f. H. Prof. Mühlenbruch in seinem klassischen Werke die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des R. R. dargestellt. §. 58. S. 532. f. und Not. 96. hat jedoch die florentinische Leseart petere posse, aus sehr erheblichen Gründen gerechtfertiget.

Ort [71]) erörtert worden ist; genug, daß in dieser Stelle ein vorzüglicher Beweis liegt, daß der Fiskus das Privilegium habe, von seinen Schuldnern auch da Zinsen zu fordern, wo bey einem andern Gläubiger kein Rechtsgrund vorhanden seyn würde, und wovon sich also, außer der besondern Begünstigung des Fiskus, kein anderer Grund annehmen läßt [72]). Nicht außer Zweifel ist jedoch der außer diesen Verpflichtungsgründen von mehrern, sowohl ältern [73]) als neuern Rechtsgelehrten [74]) noch

IV. hinzugefügte Grund der Verjährung. Hat nämlich Jemand eine lange Zeit hindurch, d. h. zehen Jahre, ein an sich unstreitiges Kapital verzinset, so soll daraus die Verpflichtung entstehen, die Zinsen ferner zu entrichten. Man gründet diese Meynung auf eine Stelle des Papinianus *libro* 29. *Quaestionum*, welche folgendermassen lautet:

71) Th. 16. §. 1019. An dessen Stelle tritt jetzt die weit gründlichere Belehrung des H. Prof. Mühlenbruch in dem angef. Buche §. 54 — 58.

72) Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen § 966. Not. 8. behaupten will, daß die angeführten Stellen bloß von saumseligen Schuldnern sprächen.

73) *Car.* MOLINAEUS Tract. de Usuris Qu. XX. nr. 105. sqq. BARTOLUS Comm. ad L. 5. de Usur. und andere.

74) POTHIER Pand. Justin. h. t. P. II. Nr. XXVII. not. c. Tom. I. pag. 623. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII medit. 7. et 8. ZAUNER Introd. in Dig. P. III. Lib. IV. Cap. II Tit. 3. §. 2. in fin. pag. 88. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 279. und Schweppe römisches Privatrecht. §. 194. der 2. Ausgabe. Altona 1819.

L. 6. pr. D. h. t. Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imperator ANTONINUS ideo solvendas usuras iudicavit, *quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitissit.*

§. 1. *eiusdem L.* Imperator quoque noster SEVERUS filiae Flavii Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, *quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset.*

Man glaubt diese Meinung noch mehr durch die *L. 20. pr. Cod. de agricolis et censitis* bestärken zu können, wo gesagt werde, daß derjenige, welcher von seinem Grundstück zehen Jahre hindurch den Canon bezahlt hat, zu dieser Prästation auch in der Folge verpflichtet sey.

Allein andere [75]) verwerfen diesen Verpflichtungsgrund der Zinsenzahlung schlechterdings; sie sagen, es

75) *Jac.* CUJACIUS Commentar. in Libr. XXIX. Quaestion. Papiniani ad L. 6. D. de Usuris. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. I pag. 769. sqq. et Recitat solemn. ad L. 5. Cod. h. t. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. et Cod. de Usuris. Cap. 2. *Oper.* pag. 998. *Hug.* DONELLUS Tr. de Usuris. Cap. 3. pag. 11. sqq. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 8. et 9. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. I. Tract. 15. pag. 103. sqq. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Ger.* NOODT de foen. et usur. Lib. III. cap. 1. *Jo.* BORCHOLTEN Comm. in Tit. Cod. de Usur. Cap. III. nr. 56. pag. 103. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XCI. Th. 5. *Jos.*

werde dadurch zwar eine Vermuthung begründet, daß ein rechtmässiger Zinsengrund vorhanden sey, allein keine Verbindlichkeit für die Zukunft, sobald das Gegentheil erwiesen worden. Diese Meynung hat folgende Gründe für sich. 1) Nirgends wird unter den Entstehungsarten der Obligationen, weder nach der Lehre der Institutionen [76], noch nach dem Pandectensysteme [77]), die Verjährung angeführt. Es kann dadurch eine Verbindlichkeit so wenig begründet, als aufgehoben werden. Wie sollte also dieser Grund bey Zinsen angenommen seyn, die in den Gesetzen so wenig begünstiget sind? Es streiten vielmehr 2) die Gesetze selbst dagegen.

L. 28. *Cod. de pactis.* Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC. *Leontio.* Si *certis annis,* quod *nudo pacto* convenerat, datum fuerit: *ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit,* nisi placitis *stipulatio* intercesserit.

L. 7. *Cod. h. t.* Imp. ANTONINUS A. *Aristeo.* Creditor instrumentis, suis probare debet, quae intendit, et usuras se stipulatum, si potest. *Nec*

AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. V. cap. 5. nr. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 13. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 16 et 17. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 9. *Jul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. I. §. 263. pag. 385. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 456. Not. Nr. 2. S. 182.

76) §. 2. *J. de obligat.*

77) *L. 1. D. de Obligat. et action.*

enim, si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt.

Können also Zinsen, welche versprochen, aber ohne Stipulation versprochen worden sind, wenn sie auch mehrere Jahre hindurch, es können dieß auch wohl zehen Jahre seyn, freywillig wären bezahlt worden, keine obligatio für die Zukunft begründen, wenn nicht noch eine Stipulation hinzukommt; wie sollte aus einer bloßen zehnjährigen Verzinsung eines an sich unstreitigen Kapitals die Verpflichtung entstehen, ferner diese Zinsen zu bezahlen, wenn ausserdem gar kein weiterer Verpflichtungsgrund vorhanden ist? Das Gegentheil beweisen auch 3) die angeführten Gesetze nicht. Die *L.* 6. *D. h. t.* spricht zuerst von der actio de in rem verso. Diese Klage ward hier gegen den Erben des Vaters angestellt. Dabey entstand denn auch incidenter die Frage, ob der Erbe seit dem Tode des Vaters bis zur Zeit der Anstellung der Klage die Zinsen zu bezahlen schuldig sey? Da die actio de in rem verso auf die Zinsen anders nicht geht, als wenn sie ausbedungen worden sind [78]); so mußte letzteres angenommen werden, weil der Vater sie bezahlt hatte, und der Gläubiger konnte mit keinem weitern Beweise belästiget werden, daß Zinsen stipulirt worden. Auf die Länge der Zeit, da sie von dem Vater bezahlt worden, kam hier gar nichts an, sondern der Grund, warum der Erbe Zinsen zu bezahlen schuldig sey, wird lediglich darin gesetzt, weil der Vater selbst die Zinsen bezahlt habe. Quod eas *ipse dominus vel pater* longo tempore

78) *L.* 10. §. 5. *D. de in rem verso.* S. den 14. Th. dieses Commentars. §. 917. S. 418.

praestitisset, d. h. der Erbe könne die Bezahlung der Zinsen darum nicht verweigern, weil der Vater selbst oder der Herr, in dessen Stelle er eingetreten, und dessen Person er vorstellt, sie bey seinem Leben bezahlt hätte. Warum aber? etwa weil der Vater des Schuldners, wenn er noch lebte, aus einer mehrjährigen Zinsenzahlung, [von einer zehenjährigen ist gar nicht die Rede, denn das *longum tempus* konnte, wie das *multum temporis*, auch nur eine Zeit von drey Jahren seyn [79])] nun verflichtet gewesen sey, die Zinsen auch für die Zukunft zu bezahlen, wenn wirklich keine stipulirt worden wären? Keineswegs. Denn der Kaiser Antoninus rescribirte ja selbst, daß aus einer solchen Zinsenzahlung keine obligatio für die Zukunft entstehe; und noch deutlicher die Kaiser Diocletian und Maximian in den oben angeführten Gesetzen. Oder weil der Erbe, als Erbe, etwa schuldig sey, zu leisten, was der Verstorbene selbst, wenn er noch lebte, zu leisten nicht gehalten gewesen wäre? Noch viel weniger [80]); sondern weil es glaublich ist, daß derjenige, welcher bey seinem Leben von dem zu seinem Nutzen verwandten Gelde die Zinsen bezahlt hat, diese auch noch länger bezahlt haben würde, wenn er länger gelebt hätte. Der Erblasser hätte zwar in der Folge auch seinen Willen wieder ändern können, allein dieses wird nicht vermuthet. Der Erbe selbst hingegen kann den Willen des Erblassers nicht ändern, sondern muß ihn befolgen [81]). Daß die Länge der Zeit, seit wel-

79) *L. 1. Cod. de fideicommiss.*

80) *L. 44. pr. D. ad Sct. Trebell.* Merillius Observat. Lib. VII. cap. 15.

81) *L. 3. D. de servis. expert. L. 7. D. de annuis legat.*

cher die Zinsen von dem Vater bey seinem Leben sind bezahlt worden, ein bloßer Nebenumstand war, worin der Entscheidungsgrund keineswegs zu setzen sey, lehrt der folgende §. 1. Es ist hier von einem Decret des Kaisers Severus die Rede. Der Prozeß schwebte zwischen der Tochter des Flavius Athenagoras und dem Fiskus. Der Fiskus hatte nämlich das Vermögen ihres Vaters eingezogen. Aus diesem verlangte sie ein Heyrathsgut von zehenmal hundert tausend Sesterzien, ehemals die gewöhnliche Summe [82]), welche auch Flavius Athenagoras für seine Tochter ritu antiquo versprochen hatte. Die Griechen nehmen hier zwar den Fall an, die Tochter habe auf Befehl ihres Vaters diese Summe ihren Mann zum Heyrathsgute versprochen. Gegen den Vater wäre also die actio quod iussu begründet gewesen. Allein unser Text enthält davon nichts. Athenagoras hatte das Heyrathsgut nicht gleich bezahlt, sondern einstweilen die Zinsen von der erwähnten Summe zum Unterhalt der Tochter bezahlt; unterdessen wird sein Vermögen confiscirt. Die Tochter desselben verlangte nun die Auszahlung der Summe, welche ihr zum Heyrathsgute ausgesetzt war, vom Fiscus aus dem eingezogenen Vermögen ihres Vaters. Sie hatte keinen andern Beweis, als den, daß ihr Vater die Zinsen davon be-

L. 38. *D. de fideic. libertat.* *L.* 9. §. 1. *D. de iure dot.*

82) MARTIALIS *Epigr.* Lib. II. Nr. 65. v. 5. *Centena decies quae tibi dedit dotis?* JOVENALIS *Satyr.* X. v. 335. *et ritu decies centena dabuntur antiquo.* S. CUJACIUS in Papiniano ad h. L. *Decies Centena* sind decies centum millia. S. BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. voc. *Decies.*

zahlt habe. Wie oft? und wie lange? war ganz gleichgültig. Genug die Bezahlung der Zinsen ward als ein gültiger Beweis angenommen, daß die Forderung des Heyrathsguts gegründet sey, und der Fiskus, als successor ihres Vaters, zur Auszahlung derselben verurtheilt[83].

Eben so wenig beſtärkt das andere Gesetz, die *L.* 20. *Cod. de agricol. et censit.* die entgegengesetzte Meinung. Denn wenn es daselbst heißt: vel longinqua et inveterata redituum susceptione, und nachher, vel redituum frequentissima consequentia, so hat dieß nicht den Sinn, als ob der Colon, welcher seit langer Zeit gewisse Abgaben an den Eigenthümer entrichtet hat, diese nun auch für die Zukunft zu entrichten schuldig sey; denn es steht ihm ja auch frey, das Grundstück zu dereinquiren; sondern diese vieljährige Präſtation stehe dem Colon entgegen, wenn er das Grundstück nun als sein Eigenthum in Anspruch nehmen wollte, wie die Worte: *in quibus casibus ne contradicendi quidem licentia colonis relinquitur, longi temporis praescriptione, vel redituum frequentissima consequentia, colonorum impetum excludente*, ganz deutlich zu erkennen geben.

Daß den römischen Rechtsgelehrten die Verjährung als ein Entstehungsgrund bey Obligationen ganz unbekannt sey, beweißt noch eine Stelle aus Modestins Rechtsregeln, welche folgendermassen lautet.

L. 31. *D. de operis libertorum.* Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate *aliquo tempore* praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

83) *L.* 5. *Cod. de bonis proscriptor.* (IX. 49.)

Man setzt uns zwar die Verordnung des Kaisers Antoninus entgegen, welcher *L.* 1. *Cod. de fideicommissis* folgendergestalt rescribirt:

Si probaveris, Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua, et vestiarium annuum praestaret, *eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est, non minus in tali causa triennio, ea praestitisse*, ut in futurum quoque ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.

Allein, wem fällt es nicht in die Augen, daß der Grund, warum der Erbe auch für die Zukunft zur Entrichtung des monatlichen Unterhalts, und der Jahreskleidung, wenn nur an sich bewiesen sey, daß der Erblasser ein solches Fideicommiß wirklich angeordnet habe, verbunden sey, darin beruhe, weil der Erbe, der schon seit mehreren Jahren das Fedeicommiß prästirt hatte, hierdurch den Willen des Erblassers, der eigentlich, wie hier vorauszusetzen ist, den Rechten nach für den Erben nicht verbindlich gewesen wäre [84]), anerkannt habe. Da hier von einem solchen Legat die Rede ist, welches zum Theil menstruum zum Theil annuum war, und also eine Wiederholung erforderte, so erklärt sich daraus, warum wenigstens eine Wiederholung von drey Jahren für nöthig gehalten wurde, um davon überzeugt zu seyn, daß der Erbe den Willen des Erblassers, als für ihn ver-

84) Wäre das Fideikommiß gleich anfangs gültig angeordnet worden, so konnte es gefordert werden, wenn auch noch keine Prästation erfolgt war. *L.* 10. §. 1. *L.* 18. §. 1. *D. de alim. legat.*

bindlich, anerkannt habe [85]. Erwägt man nun noch die große Begünstigung der Fideicommisse und insonderheit der Alimente, so wird man wohl leicht einsehen, daß sich von dieser besondern Verordnung bey den gehäßigen Zinsen keine Anwendung machen läßt.

§. 1131.

Unterschied zwischen Zinsen, welche in einer Willenshandlung, und solchen, welche in einer solchen Handlung ihren Grund nicht haben.

Zinsen, welche in einer Willenserklärung des Schuldners ihren Grund haben, bilden eine selbstständige Forderung, und können daher mit einer eigenen Klage verfolgt werden [85]. Diese Klage ist bey den usuris conventionalibus die *actio ex stipulatu*, oder condictio certi; bey den usuris testamentariis die *actio personalis ex testamento*: und bey den usuris ex pollicitatione die *actio ex pollicitatione*. Zinsen hingegen, welche aus andern Rechtsgründen entstehen, und officio iudicis zuerkannt werden, begründen keine besondere Klage, sondern können nur mittelst der wegen der Hauptschuld anzustellenden Klage gefordert werden. Ist daher die Hauptklage erloschen, so findet wegen der

85) S. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 8.

86) *L. 8. D. de eo quod certo loco. L. 75. §. 9. D. de Verbor. obligat. L. 1. Cod. de iudic.* In dieser letzten Stelle heißt es: *Judicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis.* Schweppe röm. Privatrecht. §. 194.

blos accessorischen Zinsenforderung keine weitere Klage Statt [87]. Hieraus folgt,

1) daß solche Zinsen, wenn sie bey Zuerkennung des Kopitals in dem richterlichen Urtheile mit Stillschweigen übergangen sind, und der Gläubiger das Urtheil ohne Einlegung eines Rechtsmittels hat rechtskräftig werden lassen, als für sich nicht bestehend, auch nicht weiter gefordert werden können [88]. Folgendes Gesetz entscheidet diesen Fall in terminis.

87) *L.* 49. §. 1. *D. de act. emti et vend.* HERMOGENIAN. *libr. II. iuris Epitomar.* Pretii sorte, licet *post moram* soluta, usurae peti non possunt, *cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur.* — *L.* 4. *Cod. Depositi.* Imp. GORDIANUS. Si *deposita pecunia* is, qui eam suscepit, *usus est*, non dubium est, etiam usuras debere praestare. Sed si cum *depositi actione* expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: ultra non potes *propter usuras* experiri. *Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed* UNA: *ex qua condemnatione facta, iterata actio* REI IUDICATAE EXCEPTIONE *repellitur.*

88) S. *Joach. Christoph.* BELLMANN Diss. de effectu sententiae ad omissa in restitutione fructuum, expensarum et usurarum *Goettingae* 1755. §. 39. sqq. Joh Christ. Quistorp von Zinsen, die in einem rechtskräftigen Urtheil übergangen worden; in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. LVIII. S. 893. ff. — 901. Aug. Fried. v. Bat Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürl. und positiven Rechts. Tübingen 1816. 8. Nr. II. S. 147, ff. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen

L. 13. *Cod. h. t.* Imp. ALEXANDER A. *Eustachiae.* In bonae fidei iudiciis, quale est negotiorum etiam gestorum, usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est iudicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, *non adjectis usuris*, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt: *nec eius temporis, quod post rem iudicatam fluxerit, usurae ullo iure postulantur, nisi ex causis iudicati.*

Dieses Gesetz entscheidet zugleich die Frage, ob nicht die Verurtheilung des Beklagten in die Hauptschuld, wenn er solche innerhalb der gesetzlichen Frist nicht bezahlt hat, dem Kläger das Recht gebe, nach Ablauf derselben den Beklagten mit der actio iudicati, welche bekanntlich eine Novation enthält, auf die gesetzlich bestimmten Zinsen zu belangen? Cujaz [89]) meint, diese Frage werde hier bejahend, als Ausnahme, in den Worten entschieden: *nisi ex causis iudicati.* Für diese Erklärung scheint auch theils die Allgemeinheit der Verordnung, daß der morose Schuldner nach Verlauf der gesetzlichen Frist von vier Monaten usuras centesimas zahlen müsse [90]), theils der Umstand zu sprechen, daß diese hohen Zinsen blos für das Kapital auferlegt sind [91]), nicht zu gedenken, daß es schon an sich unbillig seyn würde, wenn diese neue mora des Schuldners ungestraft bleiben sollte, ohne dem Gläubi-

Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betracht. XXIV. S. 324. bis 329.

89) Recitation. solemn. in Codic. ad L. 13. h. t. Eben dieß scheint auch die Meinung des *Hug.* DONELLUS in Comm. ad eand. L. nr. 7. zu seyn.

90) *L.* 1. *Cod. de Usur. rei iudic.*

91) *L.* 3. *pr. Cod. eodem.*

ger ein Recht auf Zinsen zu geben. Dennoch aber ist diese Erklärung ganz unrichtig. Der wahre Sinn der letzteren Worte der *L.* 13. *C. h. t.* geht vielmehr dahin, daß auch wegen der nach dem rechtskräftigen Urtheil verflossenen Zeit, keine Zinsenforderung aus irgend einem Recht Statt finde, mithin auch die sonst gewöhnlichen usurae rei iudicatae nicht gefordert werden können, wenn nicht in der Sentenz auf Zinsen rechtskräftig erkannt worden ist. Denn die Zinsen laufen nur bis zur Sentenz. Während der vier Monate, die dem Schuldner als Zahlungsfrist vor der Vollstreckung des Urtheils gegeben sind, (quadrimestres induciae) stehen sie still. Nach deren Ablauf fangen die neuen Zinsen ex causa rei iudicatae zu laufen an. Diese können aber nicht laufen, wenn der Richter in dem Urtheil selbst nicht auf Zinsen erkannt hat. Denn durch die actio iudicati geschieht eine Novation, wodurch die frühere Obligation nicht aufgehoben, sondern derselben zum Nachtheil des Schuldners eine neue Eigenschaft beygelegt wird. Die actio iudicati kann daher keine Zinsenforderung enthalten, wenn der Richter nicht auf die Zinsen rechtskräftig erkannt hat. In diesem Fall können dann aber, wegen des Ungehorsams des Schuldners in Befolgung des Urtheils, größere Zinsen, als nach dem Contract richterlich erkannt sind, nämlich die usurae centesimae verlangt werden, jedoch nur von dem Kapital, und nicht von den Zinsen, in welche der Schuldner aus dem vorigen Contract verurtheilt worden ist, wenn auch vielleicht in dem Urtheil Capital und Zinsen in eine Summe wären zusammengerechnet worden [92]). Alles dieses bestätiget

92) Man vergleiche hier vorzüglich von Bab angeführte Abhandlungen. Nr. XII. §. 4. — 8.

die Verordnung des Kaisers Justinian, *L.* 3. *Cod. de Usuris rei iudicatae.* Sancimus, si quis condemnatus fuerit *post datas a nobis quadrimestres inducias*, contesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, *sed tantummodo sortis*, *et non usurarum*, *quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt.* — Si enim novatur *iudicati actione* prior contractus, necesse est usurarum quidem, quae anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi: alias autem usuras *ex iudicati actione* tantummodo sortis procedere; et non ideo, quod forsitan consummata est quantitas sortis, et usurarum, totius summae usuras postea colligi; *sed sortis tantummodo.*

Anders ist es nun zwar bey Zinsen, welche eine selbstständige Forderung bilden, und daher mit einer eigenen Klage verfolgt werden können. Solchen Zinsen kann die Rechtskraft nur alsdann entgegenstehen, wenn das Urtheil ausdrücklich darauf gerichtet gewesen ist, und sie darin aberkannt worden sind. Ausserdem schadet eine in der Sentenz geschehene Uebergehung solcher Zinsen dem Gläubiger nicht, sondern sie können noch als eine besondere Forderung eingeklagt werden [93]), und es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen zugleich mit dem Kapital in einer Schuldverschreibung versprochen worden,

93) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16. *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. III. Cap. 14. *Jo.* Balth. L. B. *a* Wernher Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 377. *Frid. Es. a* Puffendorf Animadversion. iuris. Animad. CXXIII.

oder sich auf einen besondern Vertrag gründen [94]). Da es indessen nicht an Rechtsgelehrten [95]) fehlt, welche der Meinung sind, daß die Rechtskraft dem Gläubiger nur dann nicht entgegenstehe, wenn er blos auf das Capital, und nicht auch zugleich auf die Zinsen geklagt hat, dahingegen die Zinsen, wenn besonders darauf geklagt, und dennoch nicht darauf erkannt worden, für stillschweigend aberkannt angesehen werden müßten, obwohl die Gesetze [96]) das Gegentheil lehren; so ist es doch freylich immer am sichersten, in dem Falle, da die Zinsen in dem richterlichen Erkenntniß übergangen worden sind, ein Rechtsmittel einzuwenden, oder um eine Declaration der Sentenz zu bitten. Eine andere Folge des oben angegebenen Unterschieds besteht

2) darin, daß wenn der Gläubiger die Bezahlung des Capitals, ohne Vorbehalt der Zinsen, angenommen hat, ihm nachher wegen solcher Zinsen, welche eine bloße Nebenforderung ausmachten, keine Klage weiter zusteht [97]). Einige Rechtsgelehrten [98]) gehen sogar soweit, daß sie nicht

94) S. Quistorps angef. Beyträge. S. 897. — 899.

95) Mevius P. III. Decis. 420. Wernher Lectiss. Comm. in Pand. P. II. h. t. §. 4. u. a. m.

96) *L. 8. §. 2. D. de negot. gest. L. 7. §. 1. D. de compensat. L. 1. §. 4. D. de contrar. tut. et utili act.* Bellmann cit. Diss §. 41 — 43.

97) Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 391. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. Th. 2. Not. 12. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol I. Obs. 221. nr. 7. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap 84. Quistorps angef. Beyträge. Nr. 58. S. 894. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1848.

einmal einen Vorbehalt für wirksam halten. Denn es läßt sich noch immer die sehr gegründete Einwendung machen, daß eine Reservation mir zwar ein Recht erhalten kann, was ich schon hatte, allein mir kein Recht giebt, welches mir vorher nicht zustand, folglich auch kein Recht geben kann, Zinsen iure separatae actionis zu fordern, welche nur mittelst der Klage wegen der Hauptschuld gefordert werden konnten. Man könnte indessen zur Rechtfertigung der in der Praxis anerkannten Meinung sagen, daß durch den Vorbehalt die Sache in einen Vertrag übergehe [99]). Daß indessen bey solchen Zinsen, die eine selbstständige Forderung bilden, die Annahme des Capitals, wenn sie auch ohne allen Vorbehalt geschieht, dem Gläubiger unnachtheilig sey, leidet keinen Zweifel, da sie, wenn auch die Klage wegen der Hauptschuld, durch deren Bezahlung erloschen ist, doch mit einer eignen Klage verfolgt werden können [100]).

§. 1132.

Folgen der Regel, daß Zinsen eine accessio sortis sind.

Zinsen werden in Rücksicht einer Quantität fungibler Sachen für deren Gebrauch entrichtet. Hieraus folgt,

1) daß sie wegfallen, wo keine Hauptschuld vorhanden ist, und aufhören, wenn die Schuld rechtlich getilgt ist. Sublato principali, tollitur et accesso-

98) *Fratres* Becmanni Consilior et Decision. P. II. Decis. 51. nr. 18. et 19.

99) Arg. *L. 4. §. 1. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 25.

100) Mevius P. I. Decis. 219. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16.

rium [1]). Nach dem neuern Recht ist es gleichviel, ob die Schuldforderung durch Bezahlung oder durch Verjährung getilgt ist [2]). Vor Justinian war es zwar anders. War auch die Schuldforderung selbst durch die dreyßigjährige Präscription aufgehoben, so konnten doch die rückständigen Zinsen immer noch gefordert werden, weil mit jedem neuen Termin eine besondere Klage erwächst, die ihre eigne Verjährungszeit hat. Allein Justinian verordnete, daß mit der Verjährung der Hauptschuldklage, auch die Forderung der Zinsen verjährt seyn sollte [3]). Die Worte der *L. 26. pr. Cod. de Usur.* welche diese neue Verordnung enthalten, lauten folgendermassen.

Eos, qui principali actione per exceptionem triginta, vel quadraginta annorum, sive personali, sive hypothecaria ceciderunt, iubemus, non posse

1) Voet Comm. h. t. §. 16.

2) *L. 7. §. ult. Cod. de praescr. 30. vel 40. annor.*

3) *Jac.* Cujacius Paratitla ad Tit. Cod. depraescr. 30. *vel* 40. annor. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LXXXXIII. Th. 6. und Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 143. S. 172. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 23. meint jedoch, zwischen der *L. 7. §. ult. Cod. de prascr. 30. vel 40. annor.* und der *L. 26. pr. Cod. de Usur.* sey kein Widerspruch. Jenes Gesetz habe darum bey Zinsen keine Anwendung finden können, weil dort das Recht selbst, weswegen die jährlichen Leistungen gefordert werden können, als fortdauernd vorausgesetzt werde, dahingegen in der *L. 26.* die Hauptschuldklage als verjährt angenommen wird. Man sehe auch Duarenus in Comm. ad h. Tit. Cap. 1.

super usuris, vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta, vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: *principali enim actione non subsistente, satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

Zuweilen können jedoch die Zinsen ganz oder zum Theil aufhören, ohne daß die Hauptschuld selbst getilgt ist. Dieß geschieht,

a) wenn sie der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend erläßt. Das letztere ist der Fall, wenn der Gläubiger seit mehreren Jahren wissentlich und ohne Widerspruch geringere Zinsen angenommen hat, als er hätte fordern können. Hier wird angenommen, er habe die höhern Zinsen dem Schuldner erlassen. Es darf nur also von Seiten des Gläubigers kein Irrthum dabey zum Grunde liegen [4]), und auch dem Schuldner kein Verzug zur Last fallen. Dann kann sich der Schuldner mit der exceptio doli oder pacti schützen, wenn der Gläubiger nachher die stipulirten höhern Zinsen wieder verlangt. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 13. *pr. D. h. t.* SCAEVOLA *libro I. Responsorum.* Qui semisses usuras promisit, *per multos annos* minores praestitit; heres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit, quo minus *minores* [5]) solvat. Quaero an *exceptio doli* vel *pacti*

4) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

5) Statt *minores* will NOODT de foen. et usuris Lib. III. cap. 16. *maiores* gelesen wissen. Diese Crisis billigt

obstet? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora *mora per debitorem non fuit*, posse, secundum ea, quae praeponerentur, *obstare exceptionem*.

L. 5. *Cod. h. t.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. et CC. *Sabino et aliis*. Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur *per certos annos* minores postea consecutus, utilis est *pacti exceptio*: secundum quod tueri causam potestis etiam *adversus defensores civitatis* [6]) maiores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, dependisse [7]).

auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XCIII. Th. 7. Allein POTHIER in Pand. Justin. T. I. h. t. P. II. Nr. XLIV. Not. g. glaubt mit Cujaz, es lasse sich das Gesetz ohne Emendation auch füglich so verstehen, wenn sich der Schuldner nicht etwa bey Bezahlung der geringern Zinsen eines Verzugs schuldig gemacht hat, wie auch die nachfolgenden Worte deutlich zu erkennen geben.

6) Diese defensores civitatis sind hier nicht die Municipal-Obrigkeiten, von denen Tit. 53. Lib. I. Cod. handelt, und *Jo. Christ.* SCHMID, *Lipsiae* 1759. eine eigne Dissertation geschrieben hat; sondern die Verwalter der städtischen Güter, wie auch die Syndici, welche zu Besorgung gewisser Angelegenheiten der Stadt gebraucht wurden. *L*. 18. §. 13. *D. de munerib.* Man sehe DONELLUS in Comm. ad L. 5. C. h. t. nr. 7.

7) Wie konnte denn aber der defensor civitatis dem erworbenen Recht der Stadt etwas vergeben? Wie stimmt dieß mit *L*. 37. *D. de pactis* überein? DONELLUS c. l. nr. 10. giebt verschiedene Gründe hiervon an, unter an-

L. 8. *Cod. eodem.* Imp. ANTONINUS A. *Theophoro.* Quamvis Bassa, cum pecuniam mutuam acciperet, minores usuras Menophani spopondit; et nisi intra certum tempus eas solvisset, ampliores (licitas tamen) promisit: tamen si post tempus cautioni praefinitum creditor easdem accepit, nec maiores sibi dari postulavit, ac per hoc non recessisse eum a minorum praestatione probari potest: eas usuras computari oportet, quarum in exactione creditor perseveravit.

Wie lange muß aber der Gläubiger die geringern Zinsen wissentlich angenommen haben, wenn er solche fernerhin anzunehmen schuldig seyn soll? Doneau [8]) erfordert dazu einen Verlauf von zehen Jahren. Allein die in den angeführten Gesetzen gebrauchten Ausdrücke per multos annos, per certos annos enthalten diese Zeitbestimmung nicht nothwendig; die meisten Rechtsgelehrten [9]),

dern, es sey hier anzunehmen, die Stadt sey in die Stelle eines Privatgläubigers eingetreten, der schon geringere Zinsen angenommen hatte. Allein Cujacs nimmt in seinen Recitat. solemn. ad h L. 5. auch einen stillschweigenden Vertrag mit der Stadt an.

8) Comm. ad L. 5. Cod. h. t. nr. 3. Er beruft sich auf *L.* 16. §. 3. *D. Qui et a quib. manumissi liberi non fiunt.* Allein in diesem Gesetz galt es der Freyheit eines Menschen, welche mehr begünstiget ist, als die Zinsen.

9) S. BRUNNEMANN Comm. ad L. 5. Cod. h. t. BERGER Elect. Disceptat. for. Tit. L. Obs. 3. Not. 3. pag. 1665. *Chr. Lud.* CRELL Observation. de reditibus annuis leviori moneta solutis. *Vit.* 1736. Obs. 1. pag. 5. Struben's rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidt's Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 223. S. 326.

halten es daher für hinreichend, wenn der Gläubiger die geringern Zinsen drey Jahre nach einander ohne Widerspruch angenommen hat [10]).

b) Wenn die rückständigen Zinsen dem Kapital gleich sind [11]).

Ob übrigens durch ein Moratorium des Schuldners der Zinsenlauf gehemmt werde? ist eine sehr streitige Rechtsfrage, welche von einigen [12]) bejahet, von andern [13]) verneinet, und von verschiedenen Rechtsgelehrten [14]) dahin beantwortet wird, daß zwar bey Verzugs-

10) Arg. *L.* 1. *Cod. de fideicomm.*

11) *L.* 10 *Cod. de Usur.*

12) *Ben.* CARPZOV in Asylo debitor. Cap. IV. §. 61. et in Iurispr. for. P II. Const. 30. Def. 46. *Jo.* BOERIUS Decis. CCXCVI. nr. 5. u. a. m.

13) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. T. II. Lib. XLII. Tit. 3. §. 15. *Ern Mart.* CHLADENIUS Diss. de rescriptis moratoriis cursum usurarum non sistentibus. *Vitemb.* 1757. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. I. §. 6. Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2. B. Nr. XII. §. 84. S. 131. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 505. f. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 5. B. Medit. 75. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 3. B. §. 1221. Ge. Happel Anleitung zum Verfahren, Concursprozesse abzuwenden. §. 56. und Aug. Siegm. Kori System des Concursprozesses §. 82.

14) *Dav.* MEVIUS Discuss. levaminum inopiae debitor. Cap. IV. Sect. VIII. nr. 31. sqq pag. 248. sqq. *Just. Henn.* BOEHMER Diss. de litteris respirationis. *Halae*

zinsen die Frage zu bejahen, bey andern Zinsen aber zu verneinen sey. Allein geht man von dem Satz aus, daß Moratorien keine Rechte aufheben, sondern den Schuldner nur gegen das Andringen seiner Gläubiger schützen sollen, damit er sich während ihrer Dauer wieder erholen könne; so kann es wohl die Absicht nicht seyn, den Gläubigern in Ansehung ihrer rechtmäßigen Forderungen an den Schuldner etwas zu entziehen, oder in Ansehung der Verbindlichkeiten des Schuldners etwas zu verändern. Zwar können während des Moratoriums keine Verzugszinsen ihren Anfang nehmen, weil der Anfang des Verzugs durch das Moratorium entfernt wird, allein daß auch der bereits angefangene Zinsenlauf aufhören soll, liegt in der Natur des Moratoriums keinesweges.

2) Sind die Zinsen vorausbezahlt worden, so kann der Gläubiger vor Ablauf der Zeit, bis auf welche die Zinsen vorausbezahlt sind, das Kapital nicht zurückfordern. Es liegt hier ein stillschweigender Vertrag zum Grunde, welcher dem Schuldner die exceptio doli giebt, womit er den Gläubiger zurückweisen kann, wenn er vor Ablauf dieser Zeit das Kapital zurückfordert, wie folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 57. pr. D. de pactis. FLORENTINUS *Lib. VIII. Institutionem.* Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

1722. Cap. II. §. 16. in fin. Franz Jos. Hartleben allgemeine Bibliothek der neuesten jurist. Litteratur. 2. B. 1. St. für das Jahr 1786. S. 274. und Albrecht Schweppe Syst. des Concurses der Gläubiger. §. 12.

L. 2. §. 6. *D. de doli mali et met. exceptione.* Ulpianus *libro LXXVI. ad Edictum.* Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an *doli mali exceptione* repellatur? et potest dici, dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum.

Es erscheint hieraus klar, daß das Vorausnehmen der Zinsen an sich nicht unerlaubt sey [15]). Wie könnte es auch unerlaubt seyn, da es ja dem Verpächter freysteht, sich den Pachtzins vorausbezahlen zu lassen, wie Leyser [16]) ganz richtig bemerkt? Allein ob nicht dasjenige, was nach den Gesetzen der Pandecten erlaubt war, durch ein neueres Recht verboten worden sey, ist sehr streitig. Viele [17]) wollen dieses behaupten, und berufen sich auf die Verordnung des Kaisers Justinian, welche in der *L.* 26. §. 1. *Cod. h. t.* folgendermassen lautet: Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem: sed et si acceperit, in sortem hoc

15) Von vorausbezahlten Zinsen versteht man auch den Fall der L. 122. *pr. D. de Verb. Obligat.* S. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 1. *Frid.* Gordonius Praetermissor. Cap. 4. und *Guil.* Costanus Variar. Quaest. Lib. I. cap. 5.

17) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXLIII. medit. 9.

17) Struv Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXII. Th. 57. Müller ad Eundem. Not. α. Leyser c. l.

imputare compelletur, *interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cuiuscunque causae gratia.* Andere [18]) hingegen wollen diese Verordnung nur von dem Falle verstehen, wenn der Gläubiger die Zinsen wider den Willen des Schuldners sofort vom Capital abzieht. Wenn hingegen die Erhebung vorausbezahlter Zinsen mit des Schuldners freier Einwilligung geschieht, so sey solche nicht für verboten zu achten, wenn zumal der Schuldner für die früher geleistete Zahlung entschädiget werden sollte. Allein genau erwogen, ist in dem angeführten Verbote des Kaisers Justinian, vom Capital nichts abzuziehen, von einem Vorausempfang der Zinsen gar nicht die Rede, sondern es spricht von einem ganz andern Abzuge, dergleichen sich die römischen Föneratoren unter dem Namen von *Siliquae* [19]), oder *Sportulae* [20]) und dergleichen [21]),

18) *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Ex. VIII. Cor. 1. *Frid. Es. a* PUFFENDORF Observation. iuris. univ. Tom. III. Obs. 68. und Ge. Jac. Fried. Meister pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. 1. Band (Göttingen 1791.) 2. Bemerk. S. 31. f.

19) *Siliqua* ist eigentlich der vier und zwanzigste Theil von einen Solidus, wie ISIDORUS Lib. XVI. *Origin.* c. 24. lehrt. SALMASIUS de Usuris. Cap. XVII. pag. 492. giebt uns davon folgende Erklärung *Aureus Iustinianus viginti quatuor siliquas auri obryci pensabat. Fuere et minutuli nummi aurei eodem nomine ac pondere, quae Siliquae Latinis, κεράτια Graecis. Permutabatur itaque nummus aureus, sive solidus* IUSTINIANI *viginti quatuor siliquis aureis.* Man vergleiche noch *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. et Observation. L. II. cap. 9. und GRONOVIUS de Pecunia Vet. Lib. IV. cap. ult.

h. z. T. würden wir sagen, unter dem Namen einer **Provision**, oder **Zählgeldes**, worunter man den Zinswucher zu verbergen sucht, zu erlauben pflegten. Das soll nun durchaus nicht mehr Statt finden. Daß dieses aber gar nicht auf Vorausbezahlung von Zinsen gehe, lehren die gleich nachher folgenden Worte: *Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars, quam* USURAE EIUS *exigi prohibeantur.* Es ist daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [22])

20) *Sportulae* sind munera oder munuscula, Geschenke, welche sich die Föneratoren für die Verschaffung des Geldes geben ließen. S. HIERONYMUS *in Ezechielem.* Lib. VI. cap. 18. und LACTANTIUS *Divinar. Institut.* Lib. VI. cap. 18. Vergl. *Ger.* NOODT de foen. et Usur. Lib II. cap. 14. (*Oper.* Tom. I. pag. 233.)

21) Ueber die Worte: *vel alterius cuiuscunque causae gratia* giebt AMBROSIUS *in Tobia* Cap. 14. Aufschluß, wenn er daselbst sagt: Et quia plerique refugientes praecepta legis, cum dederint pecuniam *negotiatoribus*, non in pecunia usuras exigunt, sed *de mercibus* eorum tanquam usuram *emolumenta* percipiunt, ideo audiant, quid lex dicat: *neque usuram*, inquit, *escarum accipies, neque omnium rerum, quascunque foeneraveris fratri tuo.* Fraus enim ista et circumscriptio legis est, non custodia. Et putas, te pie facere, quia a negotiatore velut mutuum suscipis? Inde ipse fraudem facit *in mercium pretio*, unde tibi solvit usuram. Fraudis illius tu auctor, tu particeps, tibi proficit, quidquid ille fraudaverit. S. NOODT c. l.

22) *Gust. Henr.* MYLIUS Diss. de anticipatione usurarum. *Lipsiae* 1734. *Frid. Gottl.* ZOLLER Exerc. iur. in Quaestionem: utrum anticipatio usurarum usurariam pravitatem involvat. *Lipsiae* 1777. *Car. Ferd.* HOMMEL

wohl die richtigste, welche behaupten, die *L.* 26. §. 1. *C. h. t.* gehöre gar nicht hieher, geschweige denn, daß dadurch das Pandectenrecht sey aufgehoben worden. Es ist auch in der That in der Vorausnahme der Zinsen an sich weder eine Unbilligkeit noch für den Schuldner ein Nachtheil zu finden, weil ja der Schuldner sogleich das Geld gebrauchen kann, und kein Gesetz vorhanden ist, welches die Zinsen vorauszunehmen verboten hat.

3) Aus einer mehrjährigen Zinsenzahlung entsteht die rechtliche Vermuthung, daß eine Hauptschuld vorhanden sey, weil nicht zu vermuthen ist, daß Jemand werde Zinsen bezahlen, ohne das Capital schuldig zu seyn [23]). Gewöhnlich erfordert man dazu einen Zeitverlauf von zehen Jahren [24]). Allein es läßt sich hier, wo blos von Begründung einer gesetzlichen Vermuthung die Frage ist, kein Grund von der Verjährung hernehmen, beson-

Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 4. *Jo. Ad. Theoph.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 57. und *Jo. Ern. Just.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 486. Lud. Jul. Fried. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 967. Not. 8. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Band, §. 361. S. 142.

23) L. 6. *D. h. t. Melch. Dethm.* Grolmann Commentat. de praesumtione debiti ex solutione usurarum. *Giessae* 1754. 4. und *Frid. Gottl.* Zoller Ex. de praesumtione mutui ex solutione usurarum petenda. *Lipsiae* 1776.

24) Grolmann cit. Commentat. Cap. III. §. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII. med. 7. et Vol. V. Spec. CCCIV. med. 9. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 221. nr. 8.

ders da die Gesetze[25]) auch in andern Fällen, wo es blos auf eine Präsumtion ankommt, eine kürzere Zeit, als zur Verjährung erforderlich ist, für ein longum tempus halten[26]). Da jedoch hier blos von einer Vermuthung die Rede ist, welche der Wahrheit weichen muß, so kann dieselbe nur so lange von Wirkung seyn, bis von dem vermutheten Schuldner das Gegentheil bewiesen worden ist[27]). Denn daß hier von keiner Verjährung einer Schuldverbindlichkeit die Rede seyn könne, ist bereits oben (S. 50. ff.) gezeigt worden Endlich

4) Geldzinsen sind in den Münzsorten zu bezahlen, in welchen die Hauptschuld abzutragen ist. Denn Zinsen sind ein Zubehör des Capitals[28]). Sie müssen also auch nach eben dem Rechte beurtheilt werden[29]). Doch kann durch Vertrag ein anders bestimmt werden. Nur bey Verzugszinsen findet eine Ausnahme Statt. Diese brauchen nur in den Münzsorten bezahlt zu werden, welche zur Zeit der geschehenen Verzögerung gangbar waren,

25) *L. 1. Cod. de fideicommiss.*

26) Zoller cit. Exercitat. §. 8. et 9.

27) Brunnemann Comm. ad L. 6. D. h. t. nr. 9. Menochius de praesumtionib. Lib. III. praes. 131.

28) *L. 23. Cod. h. t.*

29) *Cap. 42. de regulis iuris in 6to.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII. medit. 3. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 168. Puffendorf Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 101. et 102. Wernher select. Obs. forens. Tom. II. P. IX. Obs. 187.

weil zur Zeit der Verzögerung erst die Verbindlichkeit, Zinsen zu entrichten, entstanden ist [30]).

§. 1133.

Größe der gesetzmäßigen Zinsen.

Sollen nun aber Zinsen erlaubt und rechtmäßig seyn, so dürfen sie

I. die gesetzlich bestimmte Größe nicht übersteigen. Um jedoch den gesetzlichen Zinsfuß näher zu bestimmen, müssen wir zwischen dem Römischen Recht, und den Vorschriften der teutschen Reichsgesetze einen Unterschied machen

A. Nach dem Römischen Recht war der Zinsfuß vielen Veränderungen unterworfen [31]). Denn die Zinsen waren dem Volke verhaßt, weil es dadurch von den Reichen sehr gedrückt wurde. Anfangs scheint der

30) Joh. Lud. Schmidt Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. (Jena 1782. 4.) §. 216. — §. 222. S. 316. ff.

31) *Jo. Frid.* GRONOVIUS de centesimis usuris et foenore unciario. *Lugd. Batav.* 1664. 8., *Jo.* STRAUCH Disp. de centesimis usuris et foenore unciario ad L. 26. §. 1. Cod. de Usuris. *Jenae* 1672. 4. *Ge. Casp.* KIRCHMAIER Diss. de foenore unciario: noviss. rec. *Jenae* 1737. Joh. Aug. Bach unpartheyische Critik über jurist. Schriften. 3. Band, S. 432. — 438. Joh. Phil. Ostertag Progr. über die Berechnung der Zinsen bey den Griechen und Römern. Regensburg 1784. 4. in Desselben kleinen Schriften, Samml. I. S. 210. — 246. *Jac. Henr.* NAST Pr. de re foenebri. Romanor. 1789. 4.

Zinsfuß gar keine Gränze gekannt zu haben. Die Reichen schalteten nach Willkühr. Daher das Geschrey der Schuldner über die Unbarmherzigkeit der Wucherer [32]). Man suchte also den armen Schuldnern zu helfen, so gut man konnte, zuerst durch Beschränkung des Zinsfusses, nachher, daß man die Zinsen ganz verbot. Doch keines dieser ältern Gesetze entsprach seinem Zweck [33]). Tacitus [34]) erzählt, in den zwölf Tafeln sey zuerst das foenus unciarium festgesetzt worden; dann sey es durch eine rogatio tribunicia auf ein semunciarium herabgesetzt, und endlich gar alles Geldausleihen gegen Zinsen untersagt worden. Livius [35]) weiß nichts von einem durch die zwölf Tafeln bestimmten Zinsfuße. Er gedenkt dagegen einer rogatio, welche durch die Tribunen

32) Livius. VI. c. 14.

33) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 122. der 5. Aufl.

34) *Annal.* Lib. VI. Cap. 16. Sane vetus urbi foenebre malum, et seditionum discordiarumque creberrima causa: eoque cohibebatur, antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum, *ne quis unciario foenore amplius exerceret*, cum antea ex libidine locupletium agitaretur: *deinde rogatione tribunicia ad semuncias redacta*, postremo *vetita versura*, d. h. sublatum omne foenus. Es ist daher nicht nöthig statt versura, wie einige wollen, usura zu lesen. Man sehe hier vorzüglich Salmasius de modo Usurarum. Cap. VII. pag. 292. sqq.

35) *Lib. VII. Cap.* 16. Haud aeque laeta Patribus insequenti anno *C. Marcio*, *Cn. Manlio* consulibus *de unciario foenore* a M. Duilio, L. Menenio Tribunis plebis rogatio est perlata: et plebs aliquanto eam cupidius scivit, accepitque.

M. Duilius und L. Mönius unter dem Consulat des C. Marcius und Cn. Manlius durchgesetzt worden sey. Darin sey zu nicht geringem Kummer der Patrizier das foenus unciarium festgesetzt worden. Dieß ist also die *Lex Duilia Moenia* vom Jahr der Erb. Roms 397. Eben dieser Livius [36]) erzählt, es sey unter den Consuln T. Manlius Torquatus und C. Plautius, also im Jahre Roms 407. durch ein Gesetz das foenus unciarium in ein semunciarium verwandelt, und zur Erleichterung des Volks zugleich verfügt worden, daß alle Schulden in vier gleichen Terminen innerhalb drey Jahren abgezahlt werden sollten. Zweifelhaft hingegen drückt sich Livius [37]) über das vom Tacitus als vollkommen gewiß angegebene Verbot des verzinslichen Geld-Anlehns aus. Er habe, sagt er, bey Einigen gelesen, der Tribun L. Genucius habe einen Volksschluß veranlaßt, wodurch alle Zinsen wären verboten worden. Man setzt diese *Lex Genucia* in das Jahr der Erb. Roms 412. in welchem C. Marcius Rutilus IIII. und Q. Servilius Ahala III. das Consulat führten. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß man diese Zinsgesetze durch tausend Kunstgriffe unwirksam zu machen wußte. Eben dieß war auch der Grund, daß im Jahre der Erb. R. 561. durch den Tribun M. Sem-

36) *Lib. VII. cap.* 27. Idem otium domi forisque mansit T. Manlio Torquato, C. Plautio Consulibus: *semunciarium tantum ex unciario foenus factum*, et in pensiones aequas triennii, ita ut quarta praesens esset, solutio aeris alieni dispensata est.

37) *Lib. VII. cap.* 42. Praeter haec invenio apud quosdam, L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, *ne foenerare liceret.*

pronius ein Plebiscit zu Stande kam, nach welchem die socii latini nominis in Rücksicht des Geldcredits ein gleiches Recht, wie die Bürger in Rom haben sollten. Livius [38]) gedenkt dieses Kunstgriffs, welchem auf solche Art durch die *Lex Sempronia* unter dem Consulat des L. Cornelius Merula und Q. Minucius Thermus begegnet worden sey. Doch bald nachher vergaß man alle jene Gesetze, und die Zinswucherey war wieder gränzenlos. Daher bestimmten die Prätoren in ihren Edicten das Maximum der Usura centesima [39]); und dieses wurde nachher noch durch ein eigenes Senatusconsult im Jahr der Erb Roms 703 sanctionirt [40]). Man wird über diese mancherley Zinsgesetze der Römer noch mehrere Nachrichten bey Noodt [41]) und Heineccius [42]) finden.

Um sie aber zu verstehen, müssen hier die Ausdrücke erklärt werden, wodurch man die verschiedenen Arten des Zinsfusses unterschied. Zu dem Ende ist hier zu bemerken, daß die Alten in der Zahl 100 eine gewisse Gränze um deshalb fixirt hatten, weil man diese Zahl gewisser-

38) Lib. XXXV. cap. 7.

39) Cicero *ad Atticum Lib. V.* Epist. *ult.* Interim cum ego *in edicto tralaticio* centesimas me observaturum haberem. Add. Lib. VI. Ep. 1.

40) Cicero *ad Atticum Lib. V. Epist.* 21. Praesertim cum *S. C.* modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, *ut centesimae perpetuo foenore ducerentur.*

41) De foen. et usuris Lib. II. cap. 4.

42) Antiquitat. romanar. Iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. III. Tit. 15. §. 7. — §. 15.

massen als das Ende aller übrigen ansehen konnte, ausser welcher es bis auf tausend keine neue Benennungen gab. Auf gleiche Weise hatten die Alten eine gewisse Zinsengröße bestimmt, von welcher dann die Zinsen, die geringeren so wie die höheren, ihre Benennungen erhielten. Dieß war die Centesima, welche die Römer in ihren Calendarien durch ein umgekehrtes C. gleich bey der Summe des Kapitals andeuteten z. B. *Summa cIↄ. drachmar.* ↄↄ [43]). Alle sind darin einverstanden, daß die *centesima usura* nichts anders sey, als der hundertste Theil vom Kapital, welcher monatlich an Zinsen bezahlt wurde [44]), und auch davon den Namen erhalten habe. Wenn nun jeden Monat der hundertste Theil des Kapitals an Zinsen bezahlt wurde, so machte dieses des Jahrs eine Zinsengröße von 12 Procent, und dieses war der höchste Zinsfuß, das Maximum stipulirter Zinsen. Zur Bestätigung kann folgende Stelle aus Harmenopulus [45]) dienen. *Centesima usura* (*ἑκατοστιαῖος τόκος*) *est*, sagt er nach der Uebersetzung des Johann Mercerus, *cum ob centum nummos toto anno duodecim praestantur, propterea quod pro centum nummis unus quoquo mense nummus detur, qui si cum universis centum conferatur, omnino centesimam habet rationem. Unde et iure huiusmodi usura dicta est.* Diese Centesima wird daher in den Gesetzen [46]) *usura legitima*,

43) Salmasius de modo usurar. Cap. 8. pag. 310.

44) Noodt de F. et U. Lib. II. cap. 2. Strauch cit. Diss. Cap. 3. pag. 20. — 23.

45) *Promptuar. iur.* Lib. III. Tit. 7.

46) *L. 7. §. 4. et 10. D. de administrat. et peric. tut. L. 8. Cod. Si certum petat. L. 3. Cod. Arbitr. tut.*

oder *usurae legitimae*; und weil sie das Maximum war, *usura maxima*, oder im Pluralis *usurae maximae* [47]); auch *usura gravissima* genennt [48]). Wurden nun geringere Zinsen bezahlt, so bezeichnete man dieselben nach den Theilen eines as, worauf die Römer immer das Ganze zu reduciren pflegten, dessen Theile sie bestimmen wollten [49]). Auf solche Art theilte man denn auch die Centesima, nach Art eines as, in zwölff Unzen ein, und nannte selbst die centesimae, wie Granov [50]) bemerkt, *usurae asses*, wenn anders, wie ich glaube, die Leseart bey Plinius [51]) richtig ist, welcher von *duodenis assibus* spricht, quanti a privatis mutuantur. Daher wurden die Zinsen unter der centesima, nach den Benennungen der Theile des as, usurae *deunces* $\frac{11}{12}$ [52]), *dextantes* $\frac{10}{12}$, *dodrantes* $\frac{9}{12}$, *besses* $\frac{8}{12}$ [53]), *septunces* $\frac{7}{12}$, *semisses*, oder *semissales* $\frac{6}{12}$ [54]), *quincunces* $\frac{5}{12}$ [55]),

47) *L.* 54. *D. de adm. tut. L.* 38. *D. de negot. gest.*

48) *L.* 7. §. 8. *D. de admin. tut.*

49) Volusius Maecianus sagt: *Sicut assis appellatio ad rerum solidarum hereditatisque totius, divisio autem eius ad partium demonstrationem pertinet: ita et ad pecuniam numeratam refertur.*

50) De centesimis usuris. Αυτεξ. II. §. 62. pag. 111.

51) Lib. X. Epist. 62. S. Noodt c. l. Lib. II. cap. 2. pag. 208.

52) Persius *Satyr.* 5. v. 149.

53) Cicero *ad Atticum* Lib. IV. Ep. 15.

54) Cicero *ad Atticum* Lib. IV. Ep. 14. Plinius *Hist. natur.* Lib. XIV. c. 4. *L.* 17. §. 6. *D. h. t. L.* 102. §. 3. *D. de solut.*

55) *L.* 17. *pr. D. h. t.*

trientes $\frac{4}{12}$ [56]), *quadrantes* $\frac{3}{12}$ [57]), *sextantes* $\frac{2}{12}$, *unciae* $\frac{1}{12}$ [58]), *semunciae* $\frac{1}{2}$. 12. genannt. Etwas verschieden drückt sich zwar Justinian in der Verordnung aus, worin er die gesetzmäßige Größe der Zinsen bestimmt hat [59]). Da spricht er von einer *tertia parte centesimae*, ferner von einer *dimidia centesimae*. Er nennt aber auch eben daselbst *bessem centesimae*. Daß die Centesima bey den Römern die Einheit war, deren Zwölftheile den Zinsfuß ausdrückten, ist wenigstens, was die spätern Zeiten betrifft keinem Zweifel unterworfen [60]). Eben so gewiß ist es auch, daß die Zinsrechnung nach Monaten späterhin die allein herrschende war [61]). Aber ob die Centesima auch die Einheit der alten Unzial- und Semunzial-Zinse

56) Cicero *Ep. ad Atticum* c. l. *L.* 7. §. 10. *D. de administr. tutor.*

57) *L.* 21. §. 4. *D. de annuis legat.*

58) *L.* 47. §. 4. *D. de adm. et peric. tutor.*

59) *L.* 26. §. 1. *D. de Usuris.*

60) Salmasius, Gronov, Strauch und alle oben angeführten Schriftsteller haben dieses so streng, als möglich, bewiesen.

61) *L.* 40. *D. de reb. cred.* *L.* 26. §. 1. *D. Depositi.* *L.* 90. *D. de Verb. oblig.* Horatius *Epod. Od.* 2. *v.* 70. *et Lib. I. Sermon. Sat.* 3. S. Noodt c. l. Lib. II. cap. 1. pag. 205. Diese Berechnungsart der Zinsen ist unstreitig von den Griechen entlehnt, zu Athen war das monatliche Procent, eine Drachme von der Μνᾶ oder *Mina*, welche hundert Drachmen an Werth enthielt. Eine *Drachma* war also der hundertste Theil vom Kapital, dessen Summe man nach der Μνᾶ bestimmte. S. Salmasius de modo Usurarum. Cap. 6. pag. 228. sqq. Strauch Cit. Diss. Cap. 3. pag. 18. et 19.

war, deren in den oben genannten Volksschlüssen gedacht wird, und zwar auch für den Monat, oder nicht vielmehr für das Jahr, ist sehr bestritten. Martin Schoock [62]) hält das unciarium foenus, von welchem Tacitus und Livius reden, mit der centesima für Eins. Gronov [63]) hingegen versteht darunter den zwölften Theil der Centesima. Die Gründe für beyde Meinungen hat Strauch [64]) sorgfältig geprüft, und erklärt sich für die letztere. Diese Meinung, welche in dem Unzialzinsfuß nur ein Procent jährlich erkennt, wird von den meisten vertheidigt, und sie ist auch allerdings mit weit wichtigern Gründen ausgerüstet. Schon Scävola [65]) überzeugt uns, daß die *unciae usurae* geringere Zinsen sind, als die centesimae. Warum sollten wir also den gemeinen Sprachgebrauch verlassen? Sodann war ja auch das foenus unciarium nach der Erzählung des Livius durch eine rogatio tribunicia als Erleichterung des Volks eingeführt, und von demselben zum Verdruß der Patrizier mit leidenschaftlicher Begierde sanctionirt. Ueber usurae centesimae hätte aber das Volk so wenig sich zu freuen Ursache gehabt, als die Patrizier sich darüber zu kümmern. Dem Volke fiel ja es zu schwer das Kapital zu bezahlen, wie hätten sie solche Zinsen aufbringen wollen? Demohngeachtet scheint es doch fast unglaublich zu seyn, daß nur der zwölfte Theil der Centesima, ja zehen Jahre

62) De foenore unciario. *Groeningae* 1661. 8.

63) De centesimis usuris et foenore unciar. *Αυτεξηγησις* I. et II. contra *Schoockium*. pag. 63. sqq.

64) Cit. Diss. Cap. 4.

65) *L.* 47. §. 4. *D. de administ. et peric. tutor. et curator.*

nachher sogar nur der vier und zwanzigste Theil derselben im Ernst als gesetzliche Zinsennormen sollte bestimmt worden seyn. Man hätte sich ja in der That schämen müssen, ein solches Bagatell monatlich vom Schuldner anzunehmen. Unmöglich hätte auch ein so sehr herabgesetzter Zinsfuß zu neuen Klagen und Unruhen Anlaß geben können. Alle Zweifel sind gelöst, durch die neue auf einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit erhobene Meinung [66]), daß das alte foenus unciarium ein Zwölftheil des Capitals gewesen, und nicht für den Monat, sondern für das Jahr, und zwar ursprünglich für das alte cyklische Jahr von zehen Monaten berechnet worden sey. Die Unzialzinse habe also, wenn sie für dieses in $8\frac{1}{3}$ Procent bestand, für das bürgerliche Jahr zehen Procent, und so die halbe Unze (foenus semunciarium) fünf Procent betragen.

Die usurae centesimae, welche also vor Justinian das Maximum erlaubter Zinsen betrugen, erlitten unter Constantin dem Großen und seinen Nachfolgern manche wichtige Veränderungen. Es machte nämlich

1) K. Constantin der Große einen Unterschied, ob das Kapital in Früchten, nassen oder trokenen, oder in Gelde besteht. In dem ersten Falle sollte es erlaubt seyn, sich an Fruchtzinsen bis auf den dritten Theil des Kapitals, also von zwey ausgeliehenen Scheffeln Getreide

66) S. B. G. Niebuhr's Römische Geschichte, 2. Th. (Berlin 1812.) S. 431. — 440. Schrader's Beytrag zu Niebuhr's Erörterungen über den alten Röm. Zinsfuß, (im Hugo civilist. Magazin 5 B. 2. Heft. S. 180. — 184.) und Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 122. S. 147. der 5. Aufl.

sich den dritten auszubedingen. In dem letzten Falle aber sollten die Zinsen nicht die monatlichen centesimae übersteigen dürfen. Die Verordnung dieses Kaisers, publicirt im Jahr 325. ist die *L.* 1. *Cod. Th. h. t.* und schon oben [67]) vorgekommen.

2) Die monatliche Centesima bey den Geldanlehnen wurde um die Hälfte vermehrt [68]). Jac. Cujaz [69]) schreibt auch diese Erhöhung dem Kaiser Constantin dem Großen zu; Jac. Gothofredus [70]) aber glaubt mit mehrerem Grund, daß sie unter dem Kr. Valentinian dem ältern geschehen sey.

3) Nach einer Verordnung des Kaisers Arcadius sollte es den Senatoren, jedoch wie Godofroi [71]) meint, nur den minderjährigen, gegen die Regel, nach welcher sonst den Senatoren alles verzinsliche Geldausleihen verboten war, erlaubt seyn, ihre Gelder, aber nur gegen eine halbe centesima monatlich, zu verlehnen. Die Verordnung ist vom Jahre 405. und in dem Theodosianischen Codex die *L.* 4. *Lib. II. Tit.* 32. *de Usur.*

4) Der Richter konnte jedoch in solchen Fällen, wo keine Zinsen versprochen waren, auf usuras centesimas nur ausnahmsweise erkennen, z. B. wenn der Vormund, oder negotiorum gestor, die erhobenen

67) S. §. 1129. Not. 50. S. 17.

68) *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Th. de Usuris. Tom. I. pag. 271. edit. *Ritter.*

69) Observat. Lib. III. Cap. 45.

70) Comm. ad L. 1. Cod. Th. h. t. c. l.

71) S. *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 274. sq. edit. *Ritter.*

Gelder widerrechtlich in seinen Nutzen verwandt hatte [72]). Ausserdem sollte der Richter nach der mos regionis, wo der Contract geschlossen worden, den modus usurarum bestimmen [73]). Dem Fiskus aber konnten immer sechs Procent zuerkannt werden [74]).

5) Die Usurae rei judicatae betrugen nach einer Verordnung der Kr. Kr. Gratian, Valentinian und Theodos zwey centesimae, wenn der Schuldner nicht nach zwey Monaten dem Erkenntniß gemäß Zahlung geleistet, und der Gläubiger sich binnen einem Monat nach eingetretenem Verzuge gemeldet hatte [75]). Endlich

6) beym foenus nauticum war dem Vertrage der Interessenten noch gar keine Gränze gesetzt [76]).

Justinian führte hierauf einen ganz neuen Zinsfuß in einer an den Praefectus praetorio Menas oder Menna gerichteten, und im dritten Jahre seiner Regierung 628. publicirten Verordnung ein. Sie ist in

72) *L.* 7. §. 4. 7. 8. *et* 10. *D. de administr. tutor. L.* 38. *D. de negot. gest.* Noodt de F. et U. Lib. II. cap. 5.

73) *L.* 1. *D. h. t.* L. 37. *D. eodem. L.* 39. §. 1. *D. de legat. I.*

74) *L.* 17. §. 6. *D. h. t.* Noodt c. l. cap. 10.

75) *L.* 1. *Cod. Th. de Usuris rei iudic.* Noodt c. l. Cap. 8. pag. 220.

76) Paulus *Sentent. receptar. Lib. II. Tit.* 14 §. 3. Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, *infinitas usuras* recipere potest. Noodt c. l. cap. 7.

der *L.* 26. § 1. *Cod. h. t.* enthalten, und lautet folgendermassen.

Super *usurarum* vero *quantitate* etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram, et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus, *illustribus* quidem *personis*, sive eas praecedentibus, minime licere *ultra tertiam partem centesimae* usurarum nomine in quocunque contractu vili, vel maximo, stipulari. Illos vero, *qui ergasteriis praesunt*, vel *aliquam licitam negotiationem gerunt*, usque ad *bessem centesimae* usurarum nomine in quocunque contractu suam stipulationem moderari. In *trajectitiis* autem *contractibus*, vel specierum foenori dationibus, usque ad *centesimam* tandummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet *veteribus legibus* hoc erat concessum. *Ceteros* autem *omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum nomine posse stipulari:* et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Nec liceat iudici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis in regione obtinentis.

Nach diesem neuen Gesetz sollen also usurae centesimae nur noch, als Ausnahme von der Regel, in zwey Fällen bedungen werden können. 1) *In trajectitiis contractibus*, d. h. in solchen Contracten, wodurch Geld dergestalt verzinslich dargeliehen wird, daß es entweder in Natur, oder in Waaren, welche dafür angeschaft worden, auf Gefahr des Gläubigers über See geschickt wer-

den soll [77]). Dies nennt man *foenus nauticum*, wovon der folgende Titel handelt. 2) Beym Fruchtanlehn, *in specierum foenori dationibus*. Species werden hier dem Gelde entgegengesetzt, und sind nichts anders als Früchte [78]), wie schon oben bemerkt worden ist, z. B. Getreide, Wein, Oel u. dgl. Bey diesen sind also die von Constantin dem Großen erlaubten usurae hemioliae, welche in der Hälfte des Capitals bestanden, aufgehoben worden [79]). Ausser diesen beyden Fällen, wo usurae centesimae erlaubt seyn sollen, darf nur eine pars centesimae an Zinsen genommen werden, und diese wird nun nach dem Unterschiede des Standes des Gläubigers bestimmt. Es wird hier folgende Classification gemacht.

1) *Personae illustres* und eas praecedentes oder *Superillustres* dürfen nicht über 4) Procent ultra tertiam partem centesimae) an Zinsen stipuliren. *Personae illustres* waren bey den Römern Personen aus dem Stande der Senatoren [80]). In der Verordnung

77) *L.* 1. *D. de nautico foenore.* *L.* 122. §. 1. *D. de Verbor. obligat.*

78) *L.* 1. *C. Ut nemini liceat in emtione specierum se excusare.* *L.* 20. §. 2. *Cod. de agricolis et censitis.* Noodt Lib. II. c. 8.

79) S. die Not. 50. zum §. 1129. S. 16. und *Jo. Mich.* Steimmig Diss. de specierum usuris. §. 6. et 7.

80) *L.* 12. §. 1. *D. de Senator.* S. *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. I. cap. 10. *M. August.* Campianus de officio et potestate Magistratuum Romanor. (*Augustae Taurinor.* 1724. 4.) Lib. I. cap. 35. p. 102. sqq. und *Car.* Bucher Domitii Ulpiani fragmenta. *Erlangae* 1819. 8. pag. 59. sq.

der Kr. Kr. Arcadius und Honorius [81]), worin die Strafe des Majestätsverbrechens bestimmt ist, werden auch die geheimen Staatsministers des Kaisers mit diesem Titel bezeichnet. *Superillustres* sind die nächsten nach dem Kaiser, und dieß waren die Patricii und Consules [82]). Justinian gedenkt in seinen Institutionen [83]) dieser summa patriciatus dignitas. Solche Patricii wurden *Patres Imperatoris* [84]) genennt, und giengen selbst den Praefectis praetorio und urbi vor [85]), nur den Consuln allein standen sie nach [86]). Man hielt es nun anfangs unter der Würde dieser illüstren Personen, sich mit Zinsen zu bereichern, und verbot ihnen daher, Gelder gegen Zinsen zu verleihen. Nachher wich man aber von diesem Verbote ab, und erlaubte ihnen geringere Zinsen, als andern [87]). Die geringsten Zinsen bestanden in vier Procent, wie Capitolinus [88]) vom Kr. Antoninus Pius erzählt; *Foenus trientarium*,

81) *L.* 5. *Cod. ad L. Jul. Majest.*

82) Gutherius cit. loc. Cap. 11. pag. 33. sq.

83) §. 4. *I. Quib. mod. ius patr. potest. solvit.* S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 156. S. 394.

84) *Cit.* §. 4. *I. L. ult. Cod. de Consulib.*

85) Cassiodorus Varior. Lib. VI. cap. 2.

86) *L.* 1. *Cod. Th. de Consulib.* und *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad h. L. Tom. II. *Cod. Theodos.* pag. 75. edit. *Ritter.*

87) S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 4. Cod. Th. de Usuris. Tom. I. pag. 275.

88) *Vit. Ant. Pii.* Cap. 2. Man sehe Noodt Lib. II. Cap. 14. pag. 232. und Strauch cit. Diss. de Usuris centesimis. Cap. 5. §. Exponendum.

hoc est, minimis usuris, exercuit, ut patrimonio suo plurimos adjuvaret, und diese gestattet ihnen hier Justinian.

2) Kaufleuten und Banquiers sind acht Procent, *usque ad bessem centesimae* usurarum nomine erlaubt. Das Gesetz sagt, *qui ergasteriis praesunt. Ergasteria* oder eigentlich *ἐργαστήρια*, sind hier Kaufmannsläden, loca mercimoniis deputata [89]), tabernae mercaturae exercendae. Oft werden daher auch ergasteria und tabernae [90]) mit einander verbunden. Der Nachsatz, *vel aliquam licitam negotiationem gerunt*, erklärt das Vorhergehende. Es ist also hier von Kaufleuten die Rede, die einen erlaubten Waarenhandel treiben. Zu diesen werden auch die argentarii oder Geldwechsler, Banquiers, gezählt, wie aus *L. 1. Cod. Negotiatores ne militent* erhellet [91]).

3) Allen übrigen Gläubigern, auch selbst dem Fiscus, werden sechs Procent, *dimidia centesimae, usurae semisses*, zugebilliget. In Ansehung des Fiscus hat Justinian noch eine besondere Verordnung bekannt gemacht. Es ist *L. ult. Cod. de fiscalibus usuris*, welche folgendergestalt lautet:

Fiscum etiam nostrum parere sanctioni nostri numinis iubemus; per quam *usque ad dimidiam*

89) *L. 2. Cod. de metatis.* (XII. 41.).

90) *L. 2. Cod. de Episcop. et Cleric. L. 10. Cod. Theod. eodem.*

91) S. Noodt de F. et U. Lib. II. Cap. 14. pag. 232. und *Herm.* Hubert Diss. II. de argentariis Veterum. Cap. IV. §. 3. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. T. I. pag. 89.)

centesimae usuras stipulari creditoribus, exceptis certis personis permisimus: *ut ipse etiam fiscus ultra dimidiam centesimae partem a debitoribus suis minime exigat:* sive principaliter ei promiserunt; sive a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocunque modo devolutae sunt.

Diesen Zinsfuß soll nun auch der Richter in allen andern Fällen befolgen, wo keine Zinsen durch Stipulation bedungen sind, sondern solche aus einem andern rechtlichen Grunde gefordert werden, oder officio judicis zuzuerkennen sind, wie aus den Worten erhellet: et eam quantitatem usurarum *etiam in aliis omnibus casibus* nullo modo ampliari, *in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.* Nach dieser Vorschrift dürften daher auch Vormünder und negotiorum gestores statt der in den Gesetzen der Pandecten bestimmten usurae maximae nur in die hier festgesetzten usurae legitimae, also in 6 Procent verurtheilt werden, wenn sie die für die Pupillen oder den Geschäftsherrn erhobenen Gelder in ihren Nutzen rechtswidrig verwenden, wie auch viele [92]) behaupten. Indessen betrachten andere [93]) diesen besondern Fall als Ausnahme von der Regel, welche unter diesem allgemeinen Gesetz nicht begriffen sey.

92) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. IV. ad L. 26. §. 1. Cod. de Usur. pag. 279. sq. *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 14. pag. 234. und *Joh.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

93) Strauch Diss. de usuris centesim. Cap. V. pag. 51. Wernher select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 316. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. et Lib. XXVI. Tit. 7. §. 33. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts, 1. Th. §. 281. a. E.

Soviel insonderheit die usarae rei iudicatae anbetrifft, so hob Justinian die strenge Constitution seiner Vorgänger der Kr. Kr. Gratian, Valentinian und Theodos [94]) auf, nach welcher sie eine doppelte Centesima, ausser der Vermehrung des Capitals mit der Hälfte desselben, (extrinsecus medietatem debiti) betrugen [95]), und wobey dem verurtheilten Schuldner nur eine zweymonatliche Nachsicht gestattet war. Er verordnete zuerst in der *L.* 26. *C. h. t.*, daß sie künftig nur eine halbe Centesima ausmachen sollten. Durch eine neuere Verordnung vom Jahr 529. erhöhete er sie aber nachher wieder bis zu usurae centesimae; er verlängerte dagegen den Nachsichtstermin bis zur viermonatlichen Frist, nach deren Ablauf die centesimae rei iudicatae eintreten sollten. Es ist die

L. 2. *Cod. de usuris rei iudicatae.* Imp. JUSTINIANUS A. *Mennae* P. P. Eos, qui condemnati solutionem pecuniarum, quas dependere iussi sunt, *ultra quatuor menses* a die condemnationis, vel si provocatio fuerit porrecta, a die confirmationis sententiae connumerandos distulerint: *centesimas usuras* exigi praecipimus: nec priscis legibus, quae *duas centesimas* eis inferebant, nec nostra sanctione, quae *dimidiam centesimae* statuit, locum in eorum personam habentibus.

Nachher erklärte Justinian noch in der *L.* 3. *Cod. eodem*, daß die centesimae rei iudicatae nur von dem

94) *L. un C. Th. de usuris rei iudic.*

95) S. *Jac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. C. Th. h. t. Tom. I. pag. 443. edit. *Ritter*.

Kapital, nicht aber von den rechtskräftig davon zuerkannten Zinsen bezahlt werden sollten.

Zu den Ausnahmen von der Regel, wo usurae centesimae gefordert werden können, gehört noch die zwar viel ältere Verordnung des Kaisers Philippus, aber doch durch die Aufnahme in den Codex als geltendes Gesetz anerkannte *L. 4. C. de aedificiis privatis*, vermöge welcher ein Socius, wenn er nicht zu seinem Antheile vergütet, was der Andere auf die gemeinschaftliche Sache verwandt hat, seinen Antheil mit zwölf Procent verzinsen muß.

Auf die Person des Schuldners ist also bey der neuen Bestimmung des Justinianeischen Zinsfußes keine Rücksicht genommen worden. Erst in der Novelle 32. 33. und 34. begünstigte Justinian die Landleute, agricolae, indem er verordnete, daß man von ihnen nicht mehr als vier Procent an Zinsen nehmen solle, wenn man ihnen Geld leihet. Werden ihnen aber Früchte gegen Zinsen creditirt, so bleibt es ohne Ausnahme bey den Centesimis. In der Novelle 32. Kap. 1. heißt es nach Hombergks Uebersetzung:

Sancimus igitur, ut omnes, qui quamcunque mensuram aridorum fructuum, qualescunque illi sint, mutuam dederunt, ubi eam receperint, sine ullo additamento [96]) terras *agricolis* reddant: et nemo plane praetextu dicti mutui sive scriptis, sive sine scriptis celebrati terram detinere audeat: *octavam vero modii partem, si fruges mutuae datae fuerunt, pro unoquoque modio per integrum annum*

96) In der Vulgata heißt es: *citra ullam exceptionem.*

percipiant: sin autem pecunia credita sit, usurae nomine pro singulis solidis singulas siliquas annuas. Die *Nov.* 34. ist des nämlichen Inhalts, und scheint, wie Cujaz [97]) mit Recht bemerkt, nur das lateinische Exemplar von jener *Nov* 32. zu seyn. Die *Nov.* 33. wendet diese Verordnung blos auf Soldaten an, wenn sie den Bauern Geld oder Getraide darleihen, welche sich auch darnach richten sollen. Man sieht übrigens aus der Art, wie hier die Zinsen berechnet sind, daß Justinian die eben bemerkte neue und erhöhete Bestimmung der Centesima befolgt habe, welche auch in der *L.* 26. *Cod. h. t.* zum Grunde zu legen ist, wie Cujaz [98]) und Leconte [99]) näher gezeigt haben. Dieselbe Bestimmung ist, wie Godefroi [100]) bemerkt hat, auch vom Kr. Leo [1]) in seinen Novellen und in den Gesetzen der Westgothen [2]) angenommen.

In Ansehung des Heyrathsguts hatte auch Justinian noch eine wichtige Ausnahme von der Verord-

97) Exposit. Novellar. ad Nov. 34.

98) Observat. Lib. III. Cap. 35. und Exposit. Novellar. ad Nov. 32.

99) Lectionum subsecivar. Lib. II. cap. 2.

100) Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de Usuris. Tom. I. pag. 271. edit. *Ritter.*

1) *Nov. LXXXIII.* Statuimus, ut aeris alieni usus ad usuras procedat, idque, quomodo veteribus legislatoribus placuit, *ad trientes centesimae* nempe, *quae quotannis in singulos solidos singulas foeneratoribus siliquas pariunt.*

2) Lib. V. Tit. 5. L. 8. bey Georgisch in Corp. iuris germ. ant. pag 2002.

nung der *L. 26. C. de Usur.* gemacht. Hier sollen nur vier Procent gefordert werden können, 1) wenn Jemand eine versprochene Brautgabe nicht binnen zwey Jahren nach vollzogener Ehe ausbezahlt [3]; und 2) wenn der Ehemann nach getrennter Ehe das Heyrathsgut nicht in der gesetzlich bestimmten Zeit zurückgiebt [4].

B. Teutsches Recht.

Das Ansehen des kanonischen Rechts in Teutschland hatte zwar Anfangs die allgemeine Meinung begründet, daß den Mitgliedern der christlichen Kirche das zinsbare Verleihen der Gelder Sünde sey [5]. Man erlaubte daher in den frühern teutschen Reichsgesetzen, welche von wucherlichen Contracten handeln, die Zinsen nur in den Fällen, wo sie auch das kanonische Recht erlaubte, und setzte sowohl bey wiederkäuflichen Gülten, als bey dem Interesse morae die Größe derselben auf fünf von Hundert.

Die Reichspoliceyordnungen von 1530. Art. 26. §. 8. von 1548. Art. 17. §. 8. und von J. 1577. Art. 17. §. 9. reden blos von wiederkäuflichen Gülten. Sie verordnen gleichlautend:

„Nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd; so sollen mit hundert Gülden Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gülden jähr-

3) *L. ult. §. 2. Cod. de iure dot.*

4) *L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act.* S. Noodt de foen. et usur. Lib. II. c. 14. in fin.

5) S. Ernst. Ferd. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 4. Band, Nr. XIII. S. 193. ff.

licher Gülten, wie gebräuchlich, gekaüft, gegeben und genommen werden" [6]).

Der Abschied des Deputationstages zu Speyer von J. 1600. [7]) §. 139. hingegen bestimmt die Größe der Verzugszinsen, und enthält folgende Verordnung:

„So ordnen und wollen wir nochmals, daß solch interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditoren fünf Gülden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem Creditori solch fünf Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wollte tam ex lucro cessante, quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll."

Nur den teutschen Schutzjuden erlaubte man zinsbare Darlehen zu geben, doch auch nicht höher als zu fünf Procent. In der Reichspoliceyordnung zu Frankfurt 1577. Tit. 20. §. 6. heißt es:

„Damit aber die Juden ihre Leibesnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff von Hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn [8]).

So war es auch noch zur Zeit der Kirchenreformation in Teutschland, und die Protestanten hatten in Ansehung der Unzulässigkeit der zinsbaren Darlehen mit den

6) Neue Sammlung der Reichsabschiede. Th. 2. S. 342. und S. 597. 3. Th. S. 387.

7) Neue Samml. der R. A. 3. Th. S. 494.

8) Samml. der R. Absch. Th. 3. S. 390.

Katholiken gleiche Grundsätze [9]). Diese änderten sich erst im 17. Jahrhundert. Die weitere Ausbreitung der protestantischen Religion, und das durch sie gesunkene Ansehen der Kirchenväter mochte allerdings dazu das Meiste beygetragen haben, daß das Verbot des Canonischen Rechts in der Folge nicht mehr so streng beachtet wurde; aber auch die Nothwendigkeit, zur Erhaltung des Gewerbes, den christlichen Unterthanen der teutschen Länder das zinsbare Darlehngeben zu verstatten, ward desto dringender, je allgemeiner der Geldmangel, und je dringender die Nothwendigkeit wurde, zinsbare Gelder aufzunehmen. Daher wurden hin und wieder in den statutarischen Gesetzen protestantischer Länder den Unterthanen die verzinslichen Darlehen erlaubt. Diese teutschen statutarischen Gesetzgebungen vermehrten sich besonders seit der Abschliessung des Westphälischen Friedens. Man sahe nun aber auch von Reichswegen die Nothwendigkeit ein, den durch den dreyßigjährigen Krieg verarmten, oder auch durch zu hohe Anschwellung der Zinsen ins Verderben gekommenen Schuldnern durch Erleichterungsmittel zu Hülfe zu kommen. So trat dann, nachdem man darüber sowohl von dem Reichs-Hofrathe, als dem Kaiserlichen Kammergerichte ausführliche Gutachten eingehohlt hatte, die allgemeine Reichsgesetzgebung ins Mittel, welche in dem jüngsten Reichsabschiede vom J. 1654. §. 174. Folgendes verordnet:

9) S. Luthers Werke nach der jenaischen Ausgabe Th. VII. S. 405. und *Mart.* Colerus de processib. executiv. P. I. Cap. 10. Nr. 98.

„Anreichend die künftige Zinß und Interesse, sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen, oder vorgestreckten Anlehn herrührig und versprochen, jedoch nach Ausweisung der Reichs Constitutionen, und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahren, in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet, und im Fall des Saumsals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldiger verfahren werden," u. s. w. [10]).

Nach dieser allgemeinen Vorschrift sind nun also durchgängig nur 5 Procent als ordentliche Zinsen erlaubt, und es kommt so wenig auf den in dem Römischen Recht berücksichtigten Unterschied des Standes, als auf den Unterschied der Religion des Gläubigers an. Mehrere Rechtsgelehrten [11]) sind zwar der Meinung, daß diese Anordnung nur allein auf die während dem dreyßigjährigen Kriege verarmten Schuldner, für welche sie gemacht worden, zu beschränken, keinesweges aber die Meinung der Gesetzgeber gewesen sey, eine beständige Grenzbestimmung der Zinsen auch für alle in Zukunft

10) S. neue Sammlung der R. Abschiede. 3. Th. S. 673.

11) von Malern Gedanken über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. 4. Desselben Antwort auf die sogenannte Refutation der Meierschen Gedanken. Hannover 1734. Desselben Anhang zur Antwort. 1735. 4. Gottl. Hufeland Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften 1. St. Nr. II. Hugo civilist. Magazin. 2. Band Nr. VII. S. 196—204. Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 2. Band. §. 204. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 282.

auszuleihende Capitalien festzusetzen. Schon gleich die Anfangsworte des §. 179. sagt man, geben dieses deutlich zu erkennen, welche so lauten:

„Nachdem auch in dem Friedensschluß §. De indaganda etc. [12]) versehen, daß bey gegenwärtigem Reichs-Tag auf billige Wege und Mittel gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuldnern, welche durch den Krieg, oder auch durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben kommen dergestalt geholfen würde, damit aus denen zwischen ihnen und den Gläubigern einkommenen Klagen und Strittigkeiten nicht neue gefährliche Unruhe und Weiterung im Reich entstehen möchten [13])." u. s. w.

Da also dieser neueste Reichsabschied nur als ein Zeitgesetz den Schuldnern, welche durch den dreyßigjährigen Krieg zurückgekommen waren, zu Statten kommen sollte, so könne es jetzt nicht mehr zur Norm dienen, sondern nun müsse die Vorschrift des subsidiarischen Rechts an dessen Stelle treten. Wenn nun aber die Frage entsteht, welches von den fremden Hülfsrechten hier nun eigentlich das als Norm zu befolgende gemeine Recht sey, das Römische oder das Canonische? so theilen sich wieder die Meinungen dieser Rechtsgelehrten. Einige [14]) meinen, daß ausser den Fällen, wo die teutschen Reichsgesetze eine immerwährende Bestimmung enthalten,

12) *Instr. Pac. Osnabr. Art. VIII.* §. 5.

13) Samml. der R. A. a. a. O. S. 671. f.

14) S. Thibaut civilistische Abhandlungen. Nr. VII. S. 122. ff.

nämlich für den Kauf jährlicher Renten, und für die Verzugszinsen aus einem Darlehn, es beym Canonischen Recht bleiben müsse, welches die Zinsen verbietet. Denn für die Lehre von Zinsen wäre einmal das Römische Recht durch das Canonische, und selbst durch die alte Reichspraxis aufgehoben; es müßten also die neuern Vorschriften der Reichsgesetze als das einzige für die Lehre von Zinsen geltende Gesetz behandelt werden. Andere hingegen, an deren Spitze von Meiern steht, und deren Meinung zuletzt an Hufeland einen vorzüglichen Vertheidiger gefunden hat, stellen den Satz auf, daß weil die Reichsgesetze entweder über ganz andere Geschäfte, oder nur für Zeitumstände disponirt hätten, jetzt nur das Römische Recht in dieser Lehre gemeines Recht in Teutschland sey, welches jeden Gläubiger in der Regel erlaube, sich sechs Procent versprechen zu lassen. Allein beyde Meinungen widersprechen der Praxis, welche nun fast überall angenommen hat, daß durch die teutschen Reichsgesetze der gemeine Maasstab der Zinsen auf fünf Procent gesetzt sey. Mag also auch die Absicht des neuesten Reichsabschiedes gewesen seyn, nur eine Anordnung für die während dem dreyßigjährigen Kriege verarmten Schuldner zu ihrer Erleichterung zu machen; so lehrt es doch die Geschichte, daß seit dem Jahre 1654. nicht nur die höchsten Reichsgerichte, sowohl in Sachen der Katholiken als Protestanten christliche zinsbare Darlehen für zuläßig erklärt haben, sondern daß auch in den teutschen Provinzial-Gerichten unbedenklich darauf gesprochen worden sey. Indessen blieb man dem Grundsatz getreu, daß der Darleiher, ohne Unterschied seines Standes und Religion, nicht mehr als fünf von Hundert sich versprechen lassen dürfe. Denn da auch die ältern

teutschen Reichsgesetze nicht mehr, als fünf Procent billigten, welche doch schon vor dem dreyßigjährigen Kriege gegeben worden sind; so war der neueste Reichsabschied mit Recht als eine bloße Bestätigung der schon vorhin bestandenen allgemeinen Regel anzusehen, vermöge welcher Zinsen nur zu fünf von Hundert genommen werden sollen, wie schon von andern [15]) zur Genüge dargethan worden ist. Durch die Vorschrift der teutschen Reichsgesetze ist also das Canonische Recht unstreitig aufgehoben, aber auch dadurch dem Römischen Rechte derogirt worden. Da also nach einem unbezweifelten Gewohnheitsrecht in Teutschland fünf Procent als der gemeinrechtliche Zinsfuß zu betrachten ist; so werden solche unbedenklich heutzutage

1) auch in den Fällen zugebilliget, wo das Römische Recht nur vier Procent erlaubte, wie z. B. beym Brautschatz und bey den Bauern [16]).

2) Wenn von Verzugszinsen die Rede ist, so kann der Gläubiger auch mehr, als fünf Procent fordern, wenn er ein höheres Interesse zu erweisen im Stande ist [17]). Ob aber

3) in den Fällen, wo die römischen Gesetze durch singuläre Vorschriften zwölf Procent zu nehmen erlauben,

15) S. Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze. 10. B. S. 2119. Weber's systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 65. Not. 3. S. 234. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutschen peinl. Rechts. 3. Th. §. 553. vorzüglich Ernst. Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 4. Band. Nr. XIII. S. 188—208.

16) S. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 543. in fin.

17) Reichsdep. Abschied zu Speyer vom Jahre 1600.

solches noch heut zu Tage als ein besonderes Recht gelte, ist streitig. Mehrere [18]) tragen kein Bedenken diese Frage zu bejahen, weil die Reichsgesetze nicht die entfernteste Andeutung enthalten, daß die in dem Römischen Recht enthaltenen Ausnahmen aufgehoben seyn sollen; es trete also hier die Regel ein, daß das neuere allgemeine Gesetz die Ausnahmen des ältern Rechts nicht aufhebe, wenn deren in dem neuen Gesetz keine besondere Erwähnung geschehen ist. Andere [19]) hingegen behaupten das gerade Gegentheil auch für die Fälle, wo der Schuldner wegen rechtswidriger Verwendung fremder Gelder in seinen Nutzen hart behandelt zu werden verdient. Denn das Römische Recht war durch das Canonische Recht

18) L. B. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 316. *Jo.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 105. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIV. med. 7. *Rud. Christoph.* HENNE Commentat. de usurarum centesimarum usu hodierno in casibus iure Rom. expressis. *Erfordiae* 1742. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1836.

19) *Ben.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 30. Def. 3. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 13. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 123. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. *Jo. Justin.* SCHIERSCHMID Pr. de usuris ultra quincunces licet promissis non exigendis. *Erlangae* 1764. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 718. *Jos. Maria* SCHNEIDT Diss. sist. specim. arithmeticae sublim. et polit. ad materiam de usuris etc. §. 30. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. 106. *Jo. Ern. Just.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 438. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 196.

ganz und gar, mithin auch in den ausgenommenen Fällen, vernichtet. Nun verbieten die teutschen Reichsgesetze Zinsen über fünf Procent. Es läßt sich also nicht behaupten, daß das ganz vernichtete Römische Recht dadurch, daß die teutschen Reichsgesetze eine andere Regel an dessen Stelle gesetzt haben, in den ausgenommenen Fällen wieder aufgelebt sey. Daher können auch Kaufleute nicht über fünf von Hundert nehmen [20]). Diese Meinung ist allerdings viel consequenter, als die erste. Jedoch nimmt man nicht ohne Grund das foenus nauticum aus, weil dabey nicht von reinen Zinsen die Rede ist, mithin die Zinsverbote, als solche, nicht darauf einwirken können [21]).

4) Hält man sich an die Vorschrift der teutschen Reichsgesetze, so dürfen sechs Procent, wenn sie gleich stipulirt worden sind, dem Gläubiger nicht zuerkannt werden, wofern solche nicht etwa die Landesgesetze erlauben [22]).

§. 1134.

Usurae ultra alterum tantum.

Nach dem Römischen Rechte dürfen ferner

II. die Zinsen auch nicht über die Summe des Capitals gefordert werden. Man nennt solche Zinsen,

20) Carpzov P. II. Const. 30. Def. 2.

21) Struv c. l. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 282.

22) Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 205. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 2. Band. §. 205.

welche die Quantität des Hauptstammes überschreiten, *Usurae ultra alterum tantum* [23]). Sie werden auch *usurae supra duplum* [24]), oder *ultra duplum* [25]) genennt, wo denn unter den duplum das Capital mit begriffen ist [26]). Nach den Gesetzen der Pandecten waren diese Zinsen schlechterdings unerlaubt, auch wenn sie schon bezahlt waren, wie aus folgenden Stellen erhellet.

L. 26. §. 1. D. de condict. indeb. ULPIANUS *Libro XXVI. ad Edictum.* SUPRA DUPLUM autem usurae, et usurarum usurae, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: *et solutae repetuntur:* quemadmodum futurarum usurarum usurae.

L. 9. pr. D. h. t. PAPINIANUS *libro XI. Responsorum.* Pecuniae foenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum, *in altero tanto* supra modum legitimae usurae respondi non tenere.

23) *L. 9. pr. D. h. t.* *Jo. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in Usuris praecipue ultra alterum tantum. *Halae* 1740. *J. G.* LANGSDORF Abh. von den Usuris ultra alterum tantum. Mannheim 1778. und *Ger.* BANSA Diss. de usuris ultra alterum tantum secundum ius Rom. et Germ. *Goettingae* 1780.

24) *L. 26. §. 1. D. de condict. indeb.*

25) L. 4. §. 1. *D. de naut. foenore.*

26) SIDONIUS APOLLINARIS. *Lib. IV. Epist.* 24. Cauta est foeneratori *centesima*, quae per bilustre producta tempus, *modum sortis ad duplum adduxit.* Unter *bilustre tempus* wird hier eine Zeit von 8 Jahren und 4 Monaten verstanden. S. *Ger.* NOODT de foen. et usur. Lib. III. cap. 17.

L. 4. §. 1. *D. de nautico foenore.* PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae, *non ultra duplum* debetur.

Aus dieser letztern Stelle haben einige Rechtsgelehrten [27]) beweisen wollen, daß nicht einmal das foenus nauticum eine Ausnahme gemacht habe. Allein schon Cujaz [28]) hat sehr richtig bemerkt, daß Zinsen, denen, wie nach Paulus [29]) den Seezinsen, keine gewisse Gränze nach dem Recht des damaligen Zeitalters gesetzt war, sich auch nicht mit dem Duplum des Capitals haben endigen können. Es ist hier von einer Stipulation die Rede, die erst, nachdem die Gefahr der Seereise schon vorüber war, in Wirksamkeit treten sollte. Diese durfte weder die damals gesetzmäßige Größe der Centesima, noch die Summe des Capitals überschreiten [30]), denn die Worte *non ultra duplum* sind durch *nec* ultra duplum, wenn auch nicht gerade mit Gerhard Noodt [31]) zu emendiren, doch wenigstens zu erklären.

Kr. Antoninus milderte zwar die Strenge des ältern Rechts, indem er verordnete, daß die bereits bezahlten Zinsen nicht auf das Duplum gerechnet werden sollten, mithin auch über die Größe des Capitals sollten

27) *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano. Lib. I. pag 70. (*edit.* 1596. 8.) und *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo. P. III. Cap. IX. nr. 7. pag. 177.

28) Paratitl ad Cod. Tit. de naut. foen.

29) *Recept. Sentent.* Lib. II. Tit. 14. §. 3.

30) S. CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. 38.

31) De foen. et usuris. Lib. II. cap. 7. pag. 218.

laufen können, wie aus folgenden Worten seiner Constitution erhellet:

L. 10. *Cod. h. t.* Imp. ANTONINUS A. *Donato*. Usurae *per tempora solutae* non proficiunt reo *ad dupli computationem*. Tunc enim *ultra sortis summam* usurae non exiguntur, *quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*.

Das ältere Recht sollte also bloß für die rückständigen Zinsen gelten. Allein Justinian stellte das ältere Recht wieder her, nach welchem auch schon bezahlte Zinsen die Summe des Capitals nicht überschreiten sollten, wie aus folgenden Constitutionen desselben hervorgeht.

L. 29. *Cod. eodem.* Usurae minutim et per intervallum solutae cum duplo compensantur, etiamsi non universae simul solutae fuerint.

L. 30. *eod.* Praesens constitutio declarat, usuras particulatim solutas, duplum debitae sortis non excedere.

Beyde Verordnungen sind aus der *Synopsis* Βασιλικῶν restituirt, und stehen nicht in allen Ausgaben des Corpus juris civ., sondern nur bey Bauduza, Godofroi und Spangenberg. Die hier stehende lateinische Uebersetzung ist von Löwenklau (*Leunclavius*). Sie gehören also zu den ungloßirten Gesetzen des Codex [32]).

Wenn nun nach dem ältern Recht nur die noch unbezahlten Zinsen aufhörten, sobald sie dem Capital gleichstanden; so sollten nun auch die schon bezahlten Zinsen

32) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Priv. Rechts. §. 64. S. 272.

nicht über die Höhe des Capitals laufen, wie dieses Justinian in den Novellen durch Anwendung seiner Verordnungen auf die darin entschiedenen Fälle noch deutlicher bestimmt hat. Denn so sagt er in der Novelle CXXI. Kap. 2. Cum igitur leges nostrae nihil ultra duplum solvi velint, et in eo solum a prioribus differant, quod illae quidem debita usque ad duplum sistant, si nulla solutio facta sit, nos vero admittamus, *ut particulares etiam solutiones debita solvant*, *quas usque ad duplum fiant:* sancimus, ut secundum hoc computatio fiat, etc. Und in der Novelle CXXXVIII. heißt es: Manifestissima est nostri numinis constitutio, quae *usque ad dupli quantitatem* exactionem debiti concludit. Auch diese beyden Novellen sind unglossirt [33]). Man will zwar behaupten, Justinian habe in Ansehung der Städte eine Ausnahme gemacht [34]); allein aus der Novelle CLX. Kap 1., worauf man sich beruft, erscheint dieses nicht, sondern Justinian sagt es ausdrücklich, sein Gesetz könne auf den ihm vorgelegten besondern Fall nicht einwirken. *Praesens vero casus*, so lauten die Worte nach der Hombergischen Uebersetzung, *illam non tangit*, *siquidem magis reditui annuo*, *quam solutioni usurarum similis est* [35]).

Es entsteht nun die Frage, ob und wie fern die Verordnungen des römischen Rechts im Betreff der Zinsen ultra alterum tantum noch jetzt gelten? Hierüber

33) S. meine angef. Einleitung §. 64. S. 274.

34) Rittershusius in iure Iustinian. P. III. Cap. 9. nr. 19. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 197. der 2. Ausgabe.

35) S. Bansa cit. Diss. §. 8.

sind die heutigen Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Einige [36]) wollen hier die Regel anwenden, das neuere Gesetz hebe das ältere auf; die Novelle 121. müsse also jetzt zur entscheidenden Norm dienen, da durch dieselbe die *L.* 10. *Cod. de Usur.* aufgehoben worden sey. Allein diese haben nicht erwogen, daß die von Justinian angeführten neuern Verordnungen unglossirt sind, und daher auf ein gesetzliches Ansehen in unsern Gerichten keinen Anspruch machen können [37]). Aus diesem Grunde halten daher andere [38]) dafür, die *L.* 10. *Cod.*

36) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. a. 3. et 4. Rittershusius Iur. Iustinian. P. III. Cap. 9. nr. 10. Struv Evolution. controversiar. Exercit. XXVII. Th. 52. Vers. *etiamsi.* pag. 389. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVIII. medit. 1. in fin. *Io. Frid.* Wernher Diss. de licita et illicita usurarum exactione. *Vitebergae* 1724. Cap. 1. §. 10. *God. Lud.* Mencken Diss. de Novellarum glossatarum et non glossatar. auctoritate iuris. §. 19. in 1). *Car. Frid.* Zepernick Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrant. *Halae* 1783. p. 335. sq. Walch Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. I. Subs. I. §. 18.

37) S. Zepernick cit. Delectu. pag. 331 — 333. Meine Einleit. in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 269. ff.

38) Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. I. §. 14. S. 48. und zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institut. §. 967. Not. *. und Not. 7. S. 1007. Dabelow Handbuch des heutigen gemein. Röm. Deutsch. Privatrechts. 1. Th. (Halle 1803.) §. 92. Not. i. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1838.

h. t. sey jetzt als das neueste noch geltende Recht anzusehen, nach welchem also nur aufgelaufene noch rückständige Zinsen die Quantität des Hauptstamms nicht überschreiten dürften, und daher dem Gläubiger nur bis auf das alterum tantum zuerkannt werden könnten, für Zinsen hingegen, die in den gesetzten Terminen alle Jahre richtig bezahlt werden, sey kein gesetzliches Verbot vorhanden. Noch giebt es Rechtsgelehrte [39]), welche nach dem Geist der teutschen Reichsgesetze die usurae ultra alterum tantum für unbedingt erlaubt halten. Diese letztere Meinung ist wohl der Theorie nach die consequenteste. Denn ist für die Lehre von den Zinsen das Römische Recht durch das Canonische, und selbst durch die alte Reichspraxis ganz und gar vernichtet, so müssen die neuern Vorschriften der Reichsgesetze als das einzige, für

Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Band. §. 359. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Band §. 284. der 4ten Ausg. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 197. der 2ten Ausgabe.

39) *Io. Pet. de* LUDEWIG Different. iur. Rom. et Germ. in Usuris praecipue ultra alterum tantum. Different. XI. PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 14. §. 3. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 23. § 5. sq. Obs. 102. Obs. 256. §. 3. SCHNEIDT Diss. sist. specim. arithmeticae sublimior. et polit. ad materiam de usuris. §. 33. Langsdorf Abh. von den usuris ultra alterum tantum, und deren Rechtmäßigkeit im deutschen Reiche. §. 30. sqq. *Ger.* BANSA Diss. cit. de Usuris ultra alter. tant. §. 13. sqq. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Observ. 443. Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 967. S. 1006.

die Lehre von Zinsen geltende Recht behandelt werden [40]. Nun enthalten die teutschen Reichsgesetze von einem solchen Verbote, nach welchem die Zinsen nicht über die Summe des Capitals gefordert werden können, überall nichts, sie enthalten vielmehr bedeutende Gründe, aus denen man annehmen kann, daß nach dem Geiste derselben die Zinsen ohne Unterschied über die Höhe des Capitals laufen können, sie mögen schon bezahlt oder noch rückständig seyn. **Erstens**, aus dem §. 170. des **neuesten Reichsabschiedes** vom J. 1654. erhellet, daß man bey diesem Gesetz zum Hauptaugenmerk machte, durch gewisse §. 171 — 175. angegebene Milderungsmittel denjenigen Schuldnern zu Hülfe zu kommen, welche durch den dreyßigjährigen Krieg, oder auch durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben gekommen. Dieß war es, weshalb nach dem Befehl des auch in dem angeführten §. ausdrücklich bemerkten §. *de indaganda* des Westphälischen Friedens das Gutachten der Reichsgerichte abgefordert werden sollte, welches nachher vor den nächsten Reichstag zu bringen, und wornach dann eine Reichsconstitution abzufassen wäre [41]. Diese Con-

40) S. **Thibaut** civilist. Abhandlungen. 7te Abh. S. 123. f.

41) Es ist sehr merkwürdig, daß in dem Gutachten des Reichs-Kammergerichts vom 7ten Dec. 1652. der Punct mit den Zinsen ultra alterum tantum zur Sprache kam. Es heißt nämlich darin: „Anlangend nun die Weiß, daß nämlich viel oder wenig an den verfallnen schuldigen Zinsen nachzulassen, und hingegen selbe den creditoribus contra fidem contractus, imo contra ius eiusdemve principia et praecepta abzusprechen, will uns, als die wir von Ew. Kais. Maj. und den gesammten des Heil. Reichs Ständen hierher zu der Justiz verordnet und be-

stitution ist nun in den §§. 171. — 175. enthalten, und soll also nicht nur für die noch schuldigen Capitalien, sondern auch für die Zinsen gelten. Soviel die **Capitalien** anlangt, heißt es §. 172. sollen erstlich dieselbe einem jeden Creditor unversehrt, und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und **hierwider keine Präscription oder Verjährung wegen der bey währendem Krieg unterlassener Forderung der Zinsen oder Capital angezogen noch gelten.** Sollen sich also die Schuldner mit keiner Verjährung gegen die Forderungen der Gläubiger schützen dürfen, so setzt dieses ja den Fall voraus, daß die Capitalien schon über dreyßig Jahre stehen müssen. Nun setze man, die Zinsen wären auch nur zu fünf Procent bedungen gewesen; so standen sie schon in 20 Jahren den Capitalien gleich; dennoch

eidiget worden, allzuhart, auch der den Rechten subordinirten Aequität nicht ähnlich bedünken, wohlerwogen ꝛc. Daher wir zu Ergreifung eines solchen extremi, wodurch unzählbare Kirchen, Klöster, Hospitalien, und andere geist- und weltliche Stiftungen zu Grunde gehen, und so viele unschuldige nothleidende Personen in das äusserste Verderben gesetzt würden, unsers wenigen Orts nicht einrathen, **vielweniger das neulich von etlichen herfürgesuchte, den bekannten Reichs-***Constitutionibus* **und deren üblichen Observanz zuwiderlaufendes, sowohl Capital als** *Pensiones* **höchstschädlicher Weise absorbirende** *alterum tantum* **einiger Maßen gut heißen können,** angesehen dasselbe den Creditoribus unversehener Dingen viel Millionen nicht allein benehmen, sondern auch eine verderbliche condictionem indebiti über den Hals ziehen würde. S. *de* MEIERN Acta Comitialia Ratisbonensia Lib. III. §. 12. nr. 1.

sollte der Zinsenlauf nicht aufhören, sondern es sollten die verflossenen und noch unbezahlten Zinsen, wie es §. 173. heißt, bis auf den fünften Theil gänzlich cassirt und aufgehoben, die künftigen Zinsen und Interesse aber, jedoch nach Ausweisung der Reichs-Constitutionen und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahre, in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet werden, wie der §. 174. lautet. Hierzu kommt **zweytens**, daß nach Nro. 3. desselben §. **wegen dessen, was an Capital oder Zinsen allschon bezahlt ist, keine Zurück-forderung oder Abkürzung Statt haben solle.** Ist nun von Capitalien die Rede, die schon über dreyßig Jahre standen, so liegt ja hierin die deutliche Verordnung, daß Zinsen, welche zu 5 Procent schon in zwanzig Jahren das Duplum des Capitals ausmachten, auch über die Summe desselben sollen laufen können. Wäre es nun nicht zur Erleichterung des Zustandes der Schuldner, worauf es doch bey dieser neuen Reichsgesetzgebung hauptsächlich angesehen war, ein weit gelinderes Mittel gewesen, die Vorschriften des Röm. Rechts von den usuris ultra alterum tantum in Anwendung bringen, wenn sie in Teutschland als gültig wären angenommen worden? Endlich heißt es noch §. 171. Setzen demnach, ordnen und wollen, daß erstlich unter diese Satzung allein die durch den Krieg von Mitteln gekommene, oder durch hohe Aufwachsung der Pensionen und Zinsen beschwerte Schuldiger gezogen werden; **diejenige aber, bey welchen es solche Beschaffenheit nicht hat, sondern die ihren Creditoribus mit Reichung der Pensionen und Zinsen zuhalten können, sowohl auch die, so zwar das Ihrige unter dem Kriegs-Wesen mit andern gelitten und beygetragen,**

dennoch aber *solvendo* geblieben, und derowegen ihre Creditoren nach Inhalt deren von sich gegebenen Obligationen zu befriedigen, von Rechtswegen verbunden, darunter im geringsten nicht begriffen seyn können oder sollen. Sollen nun diejenigen Schuldner, welchen die Wohlthat dieses Gesetzes nicht zu gute kommen soll, ihre Schulden ohne Abzug bezahlen, so kann ihnen ja wohl auch die Wohlthat des Römischen Rechts nicht zu statten kommen; oder sie wären, da die letztere Wohlthat viel vortheilhafter ist, als die Wohlthat des teutschen Reichsgesetzes, weit besser daran, als diejenigen Schuldner, für deren Erleichterung das Gesetz sorgen wollte. So wird man sich nun überzeugen, daß das vormalige Reichs-Kammergericht mit vollkommenem Grunde dem Gläubiger mit dem Kapital auch die Zinsen ultra alterum tantum zuerkannte [42]. Eben so sprach auch die Erlanger Juristen-Fakultät im Jahr 1746 [43]. In der That machen auch diejenigen, welche in dieser Lehre dem römischen Rechte huldigen, so viele Ausnahmen, daß von der Regel fast nichts mehr übrig bleibt. Hellfeld giebt hier drey Ausnahmen an, 1) wenn eine Stadt die usurae ultra alterum tantum zu fordern hat; 2) wenn die Zinsen erst nach dem rechtskräftigen Urtheile über das alterum tantum angeschwollen sind; und 3) wenn die Zinsen nach geschehener Zahlung und Rück-

42) S. de Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 102. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. in fin.

43) S. die Erlangischen Anzeigen auf das Jahr 1746 Nr. VI. S. 45—48, wo das Urtheil des Hofr. Sonne abgedruckt ist.

zahlung die Natur eines Kapitals angenommen haben. Allein wollte man in dieser Lehre auch wirklich das Römische Recht zur Entscheidungsnorm annehmen, so würden die beyden ersten Ausnahmen zu verwerfen seyn. Denn die erste gründet sich auf die unglossirte Novelle 160. die nicht einmal von Zinsen, sondern von jährlichen Renten (annui reditus) spricht. Der zweyten Ausnahme steht die *L.* 3. *pr. Cod. de usuris rei iudicatae* entgegen, nach welcher die Zinsen nur bis zur Sentenz laufen, nach derselben aber innerhalb der Frist stille stehen, welche das Gesetz dem Verurtheilten zur Zahlung vergönnt, und dieß sind die von Justinian bestimmten quadrimestres induciae, ein Zeitraum von vier Monaten, nach dessen Verfluß nicht die alten Zinsen wieder zu laufen anfangen; nein; denn der erste Contract wird durch die actio iudicati novirt, also können die Zinsen aus demselben auch nicht ultra alterum tantum laufen; sondern ein neuer Zinsenlauf fängt an nämlich *ex causa rei iudicatae*, und diese Zinsen, die wegen des Ungehorsams des Schuldners in Befolgung des rechtskräftigen Urtheils nach dem römischen Recht gefordert werden können, sind die usurae centesimae, welche aber nur von dem Kapital, und nicht von den Zinsen, in welche der Schuldner aus dem vorigen Contract verurtheilt worden ist, verlangt werden können. Die letzte Ausnahme aber kann gar nicht als eine Ausnahme von jener Regel angesehen werden, weil ja die Zinsen, wenn sie die Natur des Kapitals angenommen haben, nicht mehr als Zinsen betrachtet werden können.

Ausserdem ist es noch eine sehr gewöhnliche Ausnahme, wenn man sagt, das Verbot des Römischen Rechts gehe nicht auf den Fall, wenn der Gläubiger die

Zinsen als ein Interesse fordere, und im Falle des Verzugs des Schuldners beweisen könne, daß sein Interesse sich höher, als das doppelte, belaufe [44]). Allein nach dem Röm. Recht muß auch diese Ausnahme verworfen werden [45]), weil vermöge der ganz bestimmten Verordnung des Kaisers Justinian in der *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest, proferuntur* auch eine Interessenforderung nicht das alterum tantum übersteigen soll. Dahingegen würde sich die Meinung nach den teutschen Reichsgesetzen vollkommen rechtfertigen lassen, weil nach dem Abschiede des Deputationstages zu Speyer vom J. 1600. §. 139. dem Gläubiger, wenn er vermeinen sollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein Mehreres zu fordern, als die in casu morae festgesetzten fünf Procent, alsdann sein ganzes Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen, unbenommen seyn soll, ob es also das Kapital übersteigt oder nicht, darauf kommt nach dieser Verordnung gar nichts an [46]).

§. 1135.

Anatocismus.

Endlich verbietet das Römische Recht III. dem Gläubiger, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Man nennt diese Zinsenvervielfältigung den *Anatocismus*,

44) Carpzov Respons. iur. Lib. IV. Resp. 50. nr. 8.

45) S. Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 2. und Wernher Select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. I.

46) Noch mehrere Ausnahmen führt Thibaut in seinem System der Pand. 1r B. §. 284. an, welche er jedoch mit Recht verwirft.

und pflegt ihn in den verbundenen (*anatocismus conjunctus*) und den besondern (*separatus*) einzutheilen, je nachdem die Zinsen entweder zum Kapital hinzugerechnet, oder als ein neues besonderes Kapital dem Schuldner gelassen werden [47]).

Anfangs scheint nach dem prätorischen Recht der anatocismus nicht unerlaubt gewesen zu seyn, wenn usurae centesimae stipulirt worden waren, und der Schuldner damit ein ganzes Jahr in Rückstand blieb. Cicero schreibt wenigstens in seinen Briefen an den Atticus [48]), daß er selbst in seinem edicto tralatitio den anatocismus usurarum centesimarum anniversarius erlaubt habe. Allein er ward nachher vom Senat verboten. Auch Cicero [49]) spricht von einem darüber neuerlich gemachten Senatusconsult. Dieses Verbot ward auch durch die Verordnungen der Kaiser bestätiget, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 27. D. de re iudicata. MODESTINUS *Lib. I. Responsor.* Praeses provinciae *usuras usurarum* condemnavit contra leges et sacras constitutiones;

47) *Ger.* NOODT de foen. et usur. Lib. II. cap. 11. *Henr. de* COCCEJI de anatocismo. (*Exercitat.* Tom. I. Nr. 87.) *Io. Tob.* CARRACH Diss. de anatocismo licito et illicito. *Halae* 1756. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de anatocismo, in EJUS *Select. jurisprud. civ.* P. II. Exercit. XLVIII. SCHNEIDT cit. Specim. Sect. II. §. 20 — 25. und Fr. Xav. Krüll Prüfung der Rechtlichkeit des Anatocism, oder der Zinsenvervielfältigung, in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2s Bändchen. Landshut 1803 8. Nr. III.

48) *Lib. V. Epist. ult. Lib. VI. Ep. 2.*

49) *Lib. V. ad Atticum Ep. ult.*

ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam Praesidis appellavit.

L. 26. §. 1. *D. de condict. indeb.* ULPIANUS *lib. XXVI. ad Edictum.* Supra duplum autem usurae, et *usurarum usurae* nec in stipulationem deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum *futurarum usurarum usurae.*

Die Kaiser Diocletian und Maximian setzten sogar die Strafe der Infamie darauf.

L. 20. *Cod. Ex quib. caus. infamia irrogatur.* Improbum foenus exercentibus, et *usuras usurarum* illicite exigentibus, infamiae macula irroganda est.

Es scheint indessen vor Justinian der Anatocism noch nicht in seinem ganzen Umfange verboten gewesen zu seyn. Man sieht es wenigstens aus der neuern Verordnung dieses Kaisers, daß es nicht für unerlaubt müsse gehalten worden seyn, die gefälligen Zinsen mit Einwilligung des Schuldners in ein Kapital zu verwandeln, und sich davon neue Zinsen zahlen zu lassen. Man durfte nur die Zinsen nicht zum Kapital hinzurechnen [50]. Allein Justinian verbot den Anatocism durchaus in allen seinen Gattungen, wie folgende Verordnung lehrt.

L. 28. *Cod. h. t.* IUSTINIANUS A. *Demostheni* P. P. Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. *Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum,*

50) S. Noodt ꝛc. l. Tom. I. pag. 225.

et totius summae usuras stipulari: quae differentia erat debitoribus, a quibus revera usurarum usurae exigebantur? hoc certe erat non rebus, sed verbis, tantummodo legem ponere. Quapropter hac apertissima lege definimus, *nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari.* Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire: sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.

Dieses Verbot hat Justinian nochmals wiederholt in der *L.* 3. *Cod. de usuris rei iudicatae*, wo es heißt:

Sancimus, si quis condemnatus fuerint post datas a nobis quadrimestres inducias, centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, sed tantummodo sortis, et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt. *Cum enim iam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.*

In den teutschen Reichsgesetzen werden zwar alle wucherliche Contracte verboten [51]); allein unter den mancherley Arten wucherlicher Contracte, welche in der Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 17. und v. J. 1577. Tit. 17. §. 1 — 7. angeführt werden, geschieht des Anatocism keine ausdrückliche Erwähnung.

51) Reichs-Absch. v. J. 1500. Tit. 32. in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. 2r Th. S. 81.

Dennoch behauptet man durchgehends, daß der Anatocism auch in Teutschland verboten sey [52]), und dieß lehrt auch die teutsche Gerichtspraxis [53]). Der Anatocism setzt jedoch voraus, daß 1) eben derselbe Gläubiger, oder ein solcher, welcher mit demselben juristisch als eine Person angesehen wird, sich von demselben Schuldner, mit dem er contrahirt hat, oder vom demjenigen, der ganz an dessen Stelle getreten ist, die fälligen Zinsen wieder verzinsen läßt, und daß 2) nicht diese Zinsen durch deren Zahlung die Eigenschaft der Zinsen verloren haben. Es ist daher I) kein Anatocism vorhanden, wenn durch Novation die Person des Schuldners oder des Gläubigers geändert wird.

a) Die Person des Schuldners wird durch Novation geändert

1) wenn der Schuldner dem Gläubiger seinen Schuldner, welcher gerade soviel schuldig ist, als Kapital und Zinsen betragen, delegirt. Läßt nun der Gläubiger das Kapital bey dem delegirten Schuldner stehen, welcher die Schuld als Expromissor übernommen hat; so

52) Mevius Tom. I. P. IV. Decis. 213. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 64. Böhmer Consultat. et Decis. Tom. II. P. II. Decis. 442. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 18. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. von Quistorp Grundſ. des teutschen peinl. Rechts. 1. Th. §. 444. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutschen peinlichen Rechts 3r Th. §. 555.

53) Richter Decis. LXXIV. nr. 82. Carpzov P. II. Const. 30. Def. 33. Klock Consil. Tom. III. Cons. CXXXI. nr. 59. Berlich Decision. aureae. P. II. Decis. 268. de Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 432. und Carrach cit. Diss. §. 6. Not. 20.

kann es ja wohl dem letztern gleich viel seyn, ob er die Zinsen nun dem Delegatar, oder dem Delegirenden bezahlt [54]. Das Gegentheil behaupten zwar mehrere [55]) aus dem Grunde, weil der Gläubiger sein Recht, was ihm vermöge der Delegation gegen den delegirten Schuldner zusteht, von dem delegirenden Schuldner erworben hat, an dessen Stelle der Delegirte gesetzt worden sey [56]), so wenig also der Delegirende von seinem nun delegirten Schuldner oder dem Expromissor Zinsen von Zinsen nehmen durfte, eben so wenig könne dieses Recht auch dem Delegatar zustehen. Denn Niemand könne mehr Recht auf den Andern übertragen, als er selbst hatte. Allein man hat nicht bedacht, daß durch die Delegation die alte Schuldverbindlichkeit ganz aufgehoben wird, und ein ganz neues Schuldverhältniß eintritt [57]).

2) Wenn ein Vormund, oder sonst ein Verwalter fremder Güter Zinsen zu erheben versäumt, oder erhobene Zinsen in seinen Nutzen verwendet hat. Ein solcher wird mit Recht von den Gesetzen zur Verzinsung dieser Gelder verbindlich gemacht [58]). Man rechnet hierher auch den

54) C. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 7. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. B. h. t. §. 5. S. 111.

55) Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Nr. V. und Carrach Diss. de anatocismo licito et illicito. §. 24.

56) *L. 11. D. de novation.*

57) *L. 1. pr. L. 12 L. 18. L. 19. D. de novationib.* de Cramer Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 873.

58) *L. 7. §. 12. L. 58. §. 1. et 4. D. de administrat. et peric. tutor. L. 10. §. 3. D. Mandati.* Berlich De-

soll, wenn der Vormund selbst, aber nicht als solcher, dem Mündel Zinsen schuldig ist, z. B. weil er Pupillengelder mit Genehmigung des Mitvormundes geborgt hat [59]) oder Schuldner eines Dritten war, den sein Mündel beerbt hat, und er von diesen Zinsen als Vormund Zinsen zahlen muß, weil er in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst, als Schuldner, in Rücksicht der Bezahlung der Zinsen nachlässig war [60]). Denn der Vormund stellt hier eine doppelte Person vor, die Person des Vormundes und die des Schuldners. So wie es nun Pflicht des Vormundes ist, die Zinsen von andern Schuldnern des Pupillen beyzutreiben, und die Gelder zum Nutzen des Pupillen anzulegen; so liegt ihm,

cision. P. II. Decis. 268. nr. 20. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. CARRACH Diss. de anatocismo licito. §. 15. et §. 16. Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 3. B. §. 555.

59) *L.* 54. *D. de adminstr. et peric. tutor.*

60) BERLICH Decision. P. II. Decis. 268. nr. 19. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 397. MÜLLER ad Struvium Tom. II. Exercit. XXVII. Th. 51. lit. d. *Tob. Jac.* REINHARTH Diss. de usuris usurarum licitis. §. 14 sq. CARRACH Diss. de anatocismo licito et illicito. §. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. nr. VI. *Car. Frid. Adolph.* WEBER Diss. de praerogativa minorum quoad usuras ex mora illis praestandas competente. *Jenae* 1784. §. 14. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 285. Anderer Meinung ist WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 24. mit den daselbst angeführten Rechtsgelehrten nach der neuesten Ausgabe *Jena* 1810. Tom. I. Fasc. I. pag. 142.

als Vormund, auch diese Verbindlichkeit gegen sich selbst ob, wenn er Schuldner des Pupillen ist [61]).

b) Die Person des Gläubigers wird geändert, wenn ein Dritter die ganze Schuld an Kapital und Zinsen für den Schuldner, als dessen Mandatar oder negotiorum gestor, oder Bürge bezahlt [62]). Es tritt hier die Parömie ein, Schuld zahlen macht Hauptgeld [63]). Keineswegs aber ist der Fall hierher zu rechnen, wenn der Gläubiger seine Forderung an Kapital und Zinsen einem Andern cedirt, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und mit ihm juristisch als eine Person angesehen wird [64]). Auch gehört der Fall nicht hierher, wenn ein jüngerer hypothekarischer Gläubiger, um seine Forderung zu sichern, einen ihm vorgehenden Gläubiger abgefunden hat; hier kann er bloß das wieder fordern, was er an Kapital und Zinsen bezahlt hat, nicht

61) *L.* 9. §. 3. 4. *et* 5. *D. de administr. et peric. tutor.*

62) Arg. *L.* 12. §. 9. *D. Mandati. L.* 37. *D. h. t.* VOET c. l. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 328. P. VIII. Decis. 249. WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 493. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 56. CARRACH Diss. cit. §. 11. Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 3. Th. §. 555. S. 530.

63) *Jo. Nic.* HERTIUS de paroemiis iuris germ. Lib. I. Paroem. 57. in EIUS Commentat. et Opusculis Vol. I. Tom. III. pag. 504.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. in fin. CRAMER Observat. iuris Tom. IV. Obs. 1239. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Nr. IV. CARRACH cit. Diss. §. 23. Anderer Meinung ist jedoch BERLICH Decis. P. II. Decis. 268. in fin. pag. 962.

Zinsen von Zinsen [65]). Denn er zahlte hier nicht aus Gefälligkeit gegen den Schuldner, sondern zu seinem eigenen Vortheil. *Non enim negotium alterius gessit*, so schreibt Papinian im dritten Buch seiner Rechtsgutachten, *sed magis suum*. Ueberdem ist hier der eintretende Gläubiger nichts andres als ein Cessionar. Dieser hat aber nicht mehr Rechte, als der Cedent hatte [66]).

II. Es kann nicht als ein eigentlicher Anatocism angesehen werden, wenn die bereits gezahlten Zinsen dem Schuldner sofort wieder als Kapital zurückgeliehen werden, weil die Zinsen mit der Zahlung die Eigenschaft der Zinsen verloren haben [67]). Es darf nur aber freylich hierbey nicht zur Hintergehung des Gesetzes gehandelt worden seyn. Man behauptet sogar, nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche komme es jetzt auch nicht einmal mehr darauf an, daß die Zinsen gerade gezahlt seyn müßten, um sie dem Schuldner auf sein Verlangen wieder als Kapital zurückzuleihen [68]). Denn warum sollten die auch

65) *L.* 12. §. 6. *D. Qui potior. in pign. L.* 22. *Cod de pignor.* VOET c. l. *de* COCCEJI c. l. nr. VII. CARRACH cit. Diss. §. 26.

66) S. Westphals Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrecht. §. 179. Not. 198.

67) *Henr.* COCCEJI Diss. de anatocismo Sect. II. §. 3—5. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 432. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. CARRACH cit. Diss. §. 9. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 285. Tittmann Handbuch des teutschen peinl. Rechts 3. Th. §. 555. S. 529. f.

68) MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 213. BERLICH Decision. P. II. Decis. 268. nr. 8. BÖHMER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Decis. 442. nr. 8.

nicht bezahlten Zinsen, welche aber doch verfallen waren, nicht als brevi manu bezahlt angesehen, und dem Schuldner sofort wieder als ein neues verzinsliches Kapital überlassen werden können? Es muß nur nicht etwa der Gläubiger dem Schuldner, wenn er die Zinsen nicht sogleich mit dem Tage bezahlen kann, dieselben sofort als ein neues verzinsliches Kapital aufbürden. Denn dieses würde unbillig und den Gesetzen zuwider seyn. Nur in diesem Fall kann man die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [69]) gelten lassen, welche es schlechterdings für nöthig halten wollen, daß die Zinsen bezahlt seyn müßten, wenn sie wieder zu einem Kapital gemacht werden sollen [70]).

Da übrigens das Verbot des Anatocism auf der Nothwendigkeit beruht, indem sich die Zinskapitale bey der steigenden Schwierigkeit, die Zinsen zu berichtigen, in das Unendliche vermehren würden; so kann es nicht darauf ankommen, ob die Zinsen mit Bewilligung des Schuldners, oder von dem Gläubiger eigenmächtig zum Kapital geschlagen werden [71]). Es ist auch von diesem Verbote sowenig in Ansehung der Kaufleute und Ju-

69) Schneidt Diss. sist. specimen arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris §. 22. not. b. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 2. Th. 3. Kap. §. 21. nr. 6. S. 1075. und Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 64.

70) Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 432.

71) Tittmann Handb. des P. Rechts. 3. Th. §. 555. S. 529. Willenberg Exerc. de anatocismo §. 16. et 17. in *Select. jurisprud. civ.* P. II. Exercit. XLVIII. pag. 717.

den [72]), als in Ansehung des Fiskus und der Städte eine gegründete Ausnahme zu machen [73]). Doch behaupten viele [74]), wenn der Gläubiger dem Schuldner einen beträchtlichen Theil der Zinsen erläßt, so könne er den Ueberrest zum Hauptstamm schlagen, ohne sich eines Anatocism schuldig zu machen; es sind aber auch hierin nicht alle Rechtsgelehrten [75]) einverstanden. Da überhaupt die Meinungen der Rechtsgelehrten in dieser Lehre so verschieden sind, und einige [76]) die Zinsenvervielfältigung nur in sofern für unerlaubt halten wollen, als sie auf wucherliche, den gemeinen Gebrauch einer dargeliehenen Summe weit übersteigende, Zinsen berechnet ist [77]); so

72) CARRACH cit. Diss. §. 21. et 22. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 2. Th. 3. Kap. §. 21. Nr. 6. S. 1076. Anderer Meinung ist jedoch BERLICH c. l. nr. 26.

73) Anderer Meinung sind jedoch CARRACH Diss. cit. §. 18. und HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1840.

74) BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 8. Th 10. not. 9. WERNHER Select. Obseruat. for. Tom. I. P. V. Obs. 6. CARRACH Diss. cit. §. 10.

75) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. und BRUNNEMANN Decision. Centur. IV. Decis. 13.

76) S. Krüll's oben angeführte Prüfung der Rechtlichkeit des Anatocism. §. 24. in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen. S. 115. f.

77) Hierauf scheint auch nur die teutsche Reichsgesetzgebung hinzudeuten, wenn es in der Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1530. Tit. 26. von wucherlichen Contracten §. 1. am E. heißt: „Deßgleichen etliche seyn sollen, die um ein klein Versäumniß der Zeit, so sie der Bezahlung zu thun ansetzen, ein übermäßiges Interesse fordern, und

ist es wohl nicht Unrecht, wenn man annimmt, daß eigentlich die Beschaffenheit des Kreditverhältnisses nur die Anwendbarkeit des gesetzlichen Verbots bestimmen könne, und daher bey Beantwortung der Frage, wie weit das Nehmen der Zinsen von Zinsen für erlaubt zu halten sey, das Meiste dem Ermessen eines vernünftigen Richters überlassen bleibe [78]).

§. 1136.

Folgen unrechtmäßiger Zinsen. Strafen des Zinswuchers.

Sind Zinsen, welche die Gesetze verbieten, von dem Gläubiger widerrechtlich angenommen worden, so können die rechtlichen Folgen des unerlaubten Zinswuchers von zweyerley Art seyn.

I) Civilrechtliche. Diese betreffen entweder

1) die Entschädigung des Schuldners, und diesem geben die Gesetze folgende Mittel an die Hand, um zu seiner Entschädigung zu gelangen. Der Schuldner kann nämlich

a) wenn das Kapital noch nicht bezahlt ist, die unrechtmäßigen Zinsen in den Hauptstamm einrechnen, und davon abziehen. Ganz bestimmt ist die Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 26. §. 1. *Cod. h. t.* Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit consti-

mit der Hauptsumme steigen, und dieselbige umschlagen." Dieses ist in den nachfolgenden reformirten Policeyordnungen vom J. 1548. Tit. 17. §. 1. und vom J. 1577. Tit. 17. §. 1. wörtlich wiederholt.

78) S. Tittmann's angef. Handbuch des P. R. 3. Th. §. 555. S. 529. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 403.

tutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, *in sortem hoc imputare compelletur*. Wenn nun aber die Frage entsteht, wie diese Einrechnung geschehe, so sind die Rechtsgelehrten hierüber nicht einerley Meinung. Leyser [79]) giebt zwey Berechnungsarten an. Erstens wenn dasjenige, was übermäßig und gesetzwidrig an Zinsen gezahlt worden, in jedem Jahre vom Kapital abgezogen, und so der Hauptstamm durch dieses Uebermaas der Zinsen mit jedem Jahre verkleinert wird. Zweytens wenn das Kapital bis zu dessen Heimzahlung unvermindert bleibt, und dann die bezahlten übermäßigen Zinsen in einer Summe und auf einmal vom Kapital abgezogen werden. Daß beyde Berechnungsarten von einander sehr verschieden sind, und erstere dem Gläubiger weit beschwerlicher, als die letztere sey, leuchtet in die Augen. Denn bey der ersten Berechnung kann durch die übermäßigen Zinsen das ganze Kapital zuletzt erschöpft werden, welches hingegen bey der letzten Berechnung nicht leicht der Fall seyn wird. Nach Leysers Meinung soll nun die erstere Berechnungsart alsdann Statt haben, wenn der Gläubiger das Kapital klagend zurückfordert, und ihm dann die Einrede der übermäßig bezahlten Zinsen entgegengesetzt wird; die letztere aber soll dann Statt finden, wenn der Schuldner, nachdem schon das Kapital bezahlt ist, dasjenige, was er über das gesetzliche Zinsenmaas bezahlt hat, mit einer Condiction zurückfordert. Allein andere [80]) läugnen

79) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLV. medit. 10.

80) *Car. God.* WINCKLER Progr. de condictione immodici foenoris. *Lipsiae* 1765. in Desselben Opuscul. minor. Vol. II. P. I. Nr. 3. pag. 72. sqq. *Jo. Christoph.* KOCH Meditation. ad Schaumburgii Com-

schlechterdings, daß durch die bezahlten widerrechtlichen Zinsen das Kapital ipso iure vermindert werde, sie gestatten daher dem Schuldner nur einen Abzug der bezahlten unrechtmäßigen Zinsen vom Kapital, betrachten aber diese Zinsen als ein besonderes Kapital, welches der Gläubiger alle Jahr, solange er dasselbe genossen hat, billig verzinsen müsse. Die neuern Rechtsgelehrten [81]) sind jedoch fast durchgehends der Meinung, daß durch die bezahlten widerrechtlichen Zinsen das Kapital im Augenblick der Zahlung ipso iure verkleinert werde. Dieß bringt auch die Natur der Compensation mit sich, deren Wirkung eintritt, sobald Forderung und Gegenforderung einander gegenüber stehen [82]). So wie nun also das

pend. Dig. meditat. 8. pag. 53. MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 440.

81) *Jo. God.* BAUER Prog. de usuris sorti imputandis vel repetendis. *Lipsiae* 1760. in EJ. *Opusc. academ.* Tom. I. Nr. 26. *Jo. Frid.* MEISTER Diss. de eo quod iustum est in usuris pecuniae mutuae, annuisque reditibus indebite solutis, tum condicendis, tum de sorte detrahendis. *Gött.* 1786. *Ad. Diet.* WEBER Comm. de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione §. 23 — 26. in desselben Versuchen über das Civilrecht. Nr. IV. pag. 330. sqq. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 286.

82) *L. 4. Cod. de compensat. Imp.* ALEXANDER A. Si constat pecuniam invicem deberi, IPSO IURE pro *soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur,* si modo petitio earum subsistit.

Capital durch die bezahlten übermäßigen Zinsen in immer größeren Progressionen kleiner wird, und endlich ganz verschwindet [83]); so müssen sie auch nach diesem Verhältniß alle Jahre die Zinsen vermindern, und diese Wirkung der Compensation muß sich der Gläubiger um so mehr gefallen lassen, da er sie durch Annehmung der unerlaubten Zinsen selbst veranlaßt hat.

b) Ist das Capital bereits bezahlt, so kann der Schuldner dasjenige, was der Gläubiger nach der letztern Computationsart an Zinsen mehr erhalten hat, als ihm zu nehmen erlaubt war, mit einer Condiction zurückfordern [84]). Die Klage in diesem Falle ist jedoch mehr die *condictio sine causa*, als die condictio indebiti, weil sich hier ein Irrthum so wenig auf Seiten des Schuldners, als des Gläubigers annehmen läßt [85]), und da die Zinsen, wenn sie gezahlt sind, dadurch die Eigenschaft der Zinsen verlohren haben, so ist hieraus zu erklären, warum nach der Ansicht der Römischen Rechtsgelehrten die bezahlten übermäßigen Zinsen, nicht als Zinsen, sondern als zurückbezahlter Hauptstamm eingeklagt werden müssen, wie folgende Gesetzstelle lehrt.

L. 26. pr. D. de condict. indeb. ULPIANUS *lib. XXVI. ad Edictum.* Si quis usuras *supra legiti-*

83) *L. 5. §. 21. D. Ut in possess. legator. Cap. 6. X. de pignorib.* Schweppe Röm. Privatrecht. §. 198.

84) *L. 18. Cod. h. t. Cap. 6. X. de iureiur.*

85) S. WINCKLER Pr. cit. de condictione immodici foenoris. *Lipsiae* 1765. pag. VI. sqq. Auch den 13. Th. dieses Commentars. §. 834. S. 127.

mum modum. solvit, *D.* Severus rescripsit (quo iure utimur), repeti quidem non posse, *sed sorti imputandum;* et si postea sortem solvit, *sortem quasi indebitam repeti posse.* Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae, *quasi sors indebita*, repetuntur. Quid? si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere.

2) Die Folgen der widerrechtlichen Zinsen beziehen sich auf das Forderungsrecht des Gläubigers. Diese bestehen darin, daß die Gesetze dem Gläubiger das Klagerecht auf die Zinsen, soweit sie das gesetzliche Maas überschreiten, absprechen. *Supra duplum autem usurae*, fährt Ulpian a. a. O. §. 1. fort, *et usurarum usurae*, *nec exigi possunt:* und Marcian lehrt *libro XIV. Institutionum*, woraus die *L.* 29. *D. h. t.* genommen ist: Placuit, sive *supra statutum modum* quis usuras stipulatus fuerit, sive *usurarum usuras*, quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, *et licitas peti posse* [86]).

II. Criminelle Folgen. Die Gesetze haben aber auch den Zinswucher mit Strafen bedroht, und in dieser Hinsicht wird er zum Verbrechen, welches man das Verbrechen des Zinswuchers, *crimen usurariae pravitatis* nennt, und durch Nehmung übermäßiger gesetzlich verbotener Zinsen vollbracht wird [87]). Die Strafe dieses

86) Man sehe noch *L.* 9. *D. h. t. et L.* 8. *Cod. Si certum petatur.* und Noodt de foen. et usur. Lib. II. Cap. 13. §. Caeterum T. I. *Oper.* pag. 230.

87) *Jo. Christ.* Petersen Diss. de pravitate usuraria. *Rostochii* 1726. und Joh. Christ. Quistorp von

Verbrechens war bey den Römern nach Verschiedenheit der Zeiten sehr verschieden [88]). Ursprünglich, vielleicht schon nach den zwölf Tafeln, bestraften sie den Zinswucher mit dem vierfachen Ersatz der zur Ungebühr genommenen Zinsen. So belehrt uns M. Portius Cato, wenn er gleich im Anfange der Vorrede zu seinem Werk *de Re Rustica* sagt: Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, ni tam periculosum siet; et item foenerari, si tam honestum siet. *Majores enim nostri sic habuerunt, et ita in legibus posiverunt*, furem dupli condemnari, *foeneratorem quadrupli*. Quanto peiorem civem existimarint foeneratorem, quam furem, hinc licet existimari [89]). Dieser Strafe gedenkt auch Asconius Pedianus [90]), wenn er uns erklären will, welche Ankläger unter dem Namen der Quadruplatoren vorkommen. Alii dicunt, sagt er, *quadruplatores* esse eorum reorum accusatores, *qui convicti quadrupli damnari soleant*, ut aleae, aut *pecuniae gravioribus usuris foeneratae, quam pro consuetudine*. Diese Strafe muß aber in der Folge ausser Gebrauch gekommen seyn, denn die Kai-

den Strafen der Wucherer nach ältern und neuern Gesetzen, in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 388 — 417.

88) S. *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 2. Cod. Theod. de usuris. Tom. I. pag. 272 sq. der Ritt. Ausg. und *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 13. §. Praetor.

89) S. die Scriptores rei rusticae vet. lat. Vol. I. der zweybrücker Ausgabe pag. 9.

90) *Divinatio* cap. 7. pag. 27.

ser Diocletian und Maximian droheten in der *L.* 20. *Cod. Ex quib. caus. infamia irrogatur*, denjenigen, welche unerlaubten Zinswucher treiben, und Zinsen von Zinsen nehmen, die Strafe der Infamie. Der Kaiser Theodos der Große stellte zwar in einer Verordnung vom J. 386. die alte Strafe des vierfachen Ersatzes wieder her, es ist jedoch diese Verordnung in den Justinianeischen Codex nicht aufgenommen worden, sondern ist blos in dem Theodosianischen Codex enthalten, wo sie *L.* 2. *Lib. II. Tit.* 33. *de Usuris* folgendermassen lautet:

Quicunque ultra centesimam iure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, *quadrupli poenae obligatione constrictus*, sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibebit. Hi vero qui antea pari furore grassati uspiam deteguntur, in duplum extorta restituant.

Justinian behielt blos die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian bey, nach welcher auch nur dem Anatocism die Strafe der Infamie gedroht zu seyn scheint [91]). Denn wo sonst der Zinsfuß widerrechtlich überschritten worden, scheinen nur die civilrechtlichen Folgen eingetreten zu seyn [92]), wie aus folgender Verordnung des Kaisers Philippus erhellet.

L. 18. *C. h. t.* Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam

91) *Jac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 2. Cod. Theod. h. t.

92) *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 16. C. h. t. nr. 5.

creditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

Auch in der eigenen Verordnung des Kaisers Justinian über den Zinsfuß, *L.* 26. §. 1. *Cod. eod.* ist nur von privatrechtlichen Folgen der Ueberschreitung dieses Gesetzes die Rede. In einer neuern Constitution, welche in beyden Sprachen, in der griechischen und lateinischen, bekannt gemacht worden ist, *Nov.* 32. in Epilogo, und *Nov.* 34. in Epilogo will zwar Justinian den Zinswucher mit dem gänzlichen Verlust des Capitals, und in der Novelle 33. bey Soldaten mit dem Verlust der Rechte ihres Standes bestraft wissen; allein alle diese neuern Strafen beziehen sich blos auf die Uebertretung dieser neuern zum Besten der Landleute gegebenen Zinsgesetze[93].

Desto empfindlichere Strafen hat das Canonische Recht auf den Zinswucher gesetzt. Das Canonische Recht läßt nämlich, wie bereits oben bemerkt worden ist, nur den Rentekauf, und Zinsen im Falle des Verzugs, als ein Interesse, zu. Wer ausserdem Zinsen nimmt, soll von der Gemeinschaft der Kirche und des Altars ausgeschlossen seyn, und kein christliches Begräbniß erhalten. Die Kirche soll auch keine Oblationen von ihm annehmen, und der Geistliche, welcher sie annimmt, soll so lange suspendirt seyn, bis er nach dem Ausspruche des Bischofs Genugthuung dafür geleistet hat[94]. Ueberwiesene Zinswucherer sollen auch, so lange sie die Zinsen nicht

93) S. *Conr.* RITTERSHUSIUS Jur. Justinian. P. III. Cap. 10. nr. 26. sqq.

94) *Cap.* 3. *X. de Usuris.*

restituirt, oder deshalb hinlängliche Caution geleistet haben, weder bey Testamenten gültige Zeugen seyn, noch sollen die Testamente derselben gelten, sondern ipso iure nichtig seyn [95]).

Allein heut zu Tage werden weder die Strafen des Römischen noch des Canonischen Rechts mehr erkannt [96]), sondern wir richten uns, wo die Provinzialgesetze darüber nichts verfügen, nach der Vorschrift der teutschen Reichsgesetze [97]). Vermöge derselben sollen nicht nur alle Contracte, insofern sie unerlaubte Zinswucherey zum Grunde haben, null und nichtig seyn, sondern auch die Wucherer mit dem Verlust des vierten Theils des geliehenen Capitals bestraft werden, wovon die eine Hälfte der Obrigkeit des Wucherers, die andere Hälfte aber der Obrigkeit des Schuldners, und zwar ohne Unterschied, ob sie die hohe oder nur die niedere Gerichtsbarkeit hat, anheimfallen soll. Es soll auch die Obrigkeit, die bey Vollziehung dieser Verordnung mit Wissen säumig erfunden wird, in eine Strafe von zwey bis vier Mark löthigen Goldes verfallen seyn. Ausser der Einziehung des vierten Theils des Capitals pflegten die ältern Criminalisten noch

95) *Cap. 2. de Usuris in 6to.*

96) Boehmer Observat. ad *Carpzovii* praxin rer. crim. P. II. Qu. XCII. Obs. 4. pag. 79. von Quistorp Grundf. des Peinl. Rechts 1. Th. §. 449.

97) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahr 1530. Tit. 26 §. 7. vom J. 1548. Tit. 17. §. 7. und vom J. 1577. Tit. 17. §. 8. S. Meyer Diss. de usuraria pravitate eiusque poenis. *Gött.* 1803. und Tittmann's Handbuch des teutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 557.

auf eine Geldstrafe oder Gefängniß zu erkennen [98]); allein die Gesetze kennen diese Strafen nicht; sie können also nur allenfalls dann erkannt werden, wenn die Einziehung des vierten Theils des Capitals in dem vorkommenden Falle bey dem Wucherer nicht Statt finden könnte [99]), oder Wiederholung dieses Verbrechens oder andere besonders erschwerende Umstände dieselben rechtfertigen [100]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche pflegt jedoch nur dann auf die gesetzliche Strafe des Wuchers erkannt zu werden, wenn über sechs Procent Zinsen genommen worden sind [1]). Der oben vorgekommene bekannte Streit über die heutige Anwendbarkeit der teutschen Reichsgesetze in Betreff der Größe gesetzmäßiger Zinsen hat veranlaßt, daß die Erhebung des sechsten Zinsthalers überall für kein strafbarer Zinswucher gehalten wird [2]). Man behauptet sogar, daß der sechste Zinsthaler, wenn er einmal bezahlt ist, weder vom Capital abgerechnet, noch zurückgefordert werden könne [3]). Allein

98) Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XCI. nr. 29. et Qu. XCII. nr. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. Westphal Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 2.

99) Tittmann a. a. O. S. 536.

100) Dabelow Lehrbuch des Peinl. Rechts. §. 323.

1) Koch Institut. iur. crim. §. 623. in fin. Westphal Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 3. von Quistorp Grundს. des Peinl. Rechts. 1. Th. §. 449. Tittmann a. a. O. S. 536.

2) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXLV. medit. 9. Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 100. et Tom. IV. Obs. 1005. Quistorp's Beyträge. Nr. XXV. S. 400. f.

3) Cramer c. l. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 133. von Selchow Rechtsfälle. 1. B. Nr. V. S. 99.

hierin stimmen nicht alle heutige Rechtsgelehrten [4]) überein, und die von ihnen angeführten Urtheilssprüche [5]), bey welchen das Gegentheil beobachtet worden ist, beweisen, daß wenigstens kein allgemeiner Gerichtsgebrauch für jene Meinung streitet [6]). Andere Arten des unerlaubten Zinsennehmens, z. B. das Annehmen der Zinsen von Zinsen, haben nur privatrechtliche Folgen [7]). Das Strafekenntniß setzt übrigens die wirkliche Entrichtung und Annahme der wucherlichen Zinsen voraus [8]). Die bloße Abschließung des wucherlichen Contracts ist nur als Versuch zu dem Verbrechen, und das Fordern der Zinsen

4) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 201. Tom. II. P. VIII. Obs. 420. Tom. III. P. III. Obs. 4. nr. 35. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLV. med. 9. Westphal Criminalrecht. Anmerkung CIX. §. 4.

5) Joh. Lud. Schmidts öffentliche Rechtssprüche 2. Abschnitt. Nr. XLVII. Klein's merkw. Rechtssprüche der Hallischen Juristen Facultät. 4. B. Nr. XIII.

6) Tittmann's angef. Handbuch 3. Th. §. 553. S. 520. f.

7) Westphals Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 5. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 437.

8) Quistorp Grundsätze des teutschen Peinl. Rechts. 1. Th. §. 446. Feuerbach. §. 438. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- u. Civilrechte 1. B. Nr. II. S. 32. Anderer Meinung sind Grolman in den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft §. 368. Not. d. und Dabelow im Lehrb. des Peinl. Rechts. §. 322. Allein die Worte der R. Pol. Ordn. v. J. 1577. Tit. 17. §. 8. daß derjenig, so solche Wucherliche Contract und *Partiten* hinführo — üben würde &c. drücken in der That mehr, als die bloße Abschließung des wucherlichen Geschäfts aus.

als der nähere Grad des Versuchs anzusehen, und kann Geldbuße von fünf bis zehen Thalern, oder Gefängnißstrafe von einigen Tagen oder Wochen nach sich ziehen [9]. Die gesetzliche Strafe kann aber hier nie erkannt werden, denn diese setzt jederzeit vollendeten Zinswucher voraus [10], ob wohl dieß freylich nicht so verstanden werden darf, daß der Schuldner die Zinsen bis zur Heimzahlung des Capitals dem Gläubiger entrichtet haben müsse; indem es vielmehr schon hinreichend ist, wenn auch nur die Zinsen eines Termins entrichtet worden waren, weil der Schuldner nun wirklich schon in Schaden gesetzt ist [11]. Sehr häufig pflegt der Zinswucher hinter einen erlaubten Vertrag versteckt zu werden, dieses ändert aber an der Handlung selbst nichts [12]. Zinswucher ist daher verboten, er mag unter dem Scheine eines freywilligen Geschenks [13], oder Anbietens [14], oder einer Discretion für die Müh-

9) Tittmann Handb. des P. R. 3. Th. §. 557. S. 537.

10) Quistorp Beyträge zur Erläut. verschied. Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 411.

11) Tittmann Handb. §. 552. S. 516. a. E. u. f.

12) *Tob. Iac.* Reinharth Diss. de usuraria pravitate tam vera et palliata, quam putativa seu imaginaria. *Erfordiae* 1727. Leyser de usuris palliatis, in Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVII. Günther über Wucher und Wuchergesetze. Hamburg 1790. von Berg über Wucher und Wucherverbote: in Dessen staatswissenschaftlichen Versuchen Th. 2. S. 169. ff.

13) *Chr. Henr.* Breuning Diss. de honorario illicitarum interdum usurarum pallio. *Lipsiae* 1767. und Leyser c. l. medit. 2.

14) Leyser c. l. medit. 4. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 19.

waltung, oder eines errichteten Vergleichs [15]), oder unter dem Anstriche einer Conventional-Strafe, oder eines Verkaufs [16]), oder antichretischen Vertrags, oder unter dem Vorgeben, daß das geliehene Geld einem Dritten zugehöre [17]), ausgeübt werden. Die teutschen Reichsgesetze [18]) erwähnen hiervon insonderheit folgende Fälle: 1) Wenn sich der Darleiher in dem Schuldbekenntniß eine größere Summe zuschreiben läßt, als er ausgeliehen hat. 2) Wenn er wegen eines kleinen Verzugs ein übermäßiges Interesse fordert, und solches mit zur Hauptsumme geschlagen hat. 3) Wenn er Waaren statt baaren Geldes gegeben, und solche über ihren Werth angeschlagen hat (Contractus mohatrae). 4) Wenn sich der Darleiher ausser den Zinsen noch ein besonderes Schuldgeld (ein merklich Dienstgeld) bedungen hat, welches, solange als die Hauptsumme unbezahlt bleibt, entrichtet werden soll. 5) Wenn sich der Darleiher in dem Schuldbekenntnisse statt Münze, in welcher er das Kapital ausgeliehen hat, Gold hat verschreiben lassen [19]). 6) Wenn

15) Leyser c. l. medit. 6. und *Car. Frid.* Walch Diss. de usuraria pravitate sub palliata transactione. *Ienae* 1746.

16) Leyser c. l. medit. 5. Christ. Aug. Günther über die richterliche Beurtheilung eines unter dem Wiederkaufe verdeckten Wuchers; in Desselben rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Helmst. 1802. Nr. VIII.

17) Leyser medit. 3.

18) Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1530. Tit. 26. §. 1—6. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. ff. v. J. 1577. Tit. 17. §. 1—6.

19) *Christ. Gott.* Biener Progr. de foenore illicito pro diversis monetarum generibus recte iudicando. *Lipsiae* 1805. 4.

eine Summe baaren Geldes schenkungsweise (vergeblich) überlassen, dagegen aber eine Sache von großem Werthe um einen ganz geringen Preis bedungen worden ist. 7) Wenn der Schuldner für ein Darlehn zu mehrern Zeiten im Jahre (zu vier Märkten) ein übermäßiges Honorar (Aufgeld) geben soll.

Uebrigens unterscheiden sich beyde Arten der hier ausgeführten rechtlichen Folgen des verbotenen Zinswuchers darin von einander, daß die privatrechtlichen sich auch die Erben des Wucherers gefallen lassen müssen; dahingegen die criminellen Folgen gegen die Erben desselben nicht eintreten. So gewiß es also ist, daß die Erben des Wucherers die von ihrem Erblasser erhobenen übermäßigen Zinsen herausgeben müssen, oder sich solche vom Capital müssen abziehen lassen[20]; eben so wenig ist es einigem Zweifel unterworfen, daß nach dem Tode des Wucherers ein Erkenntniß auf Verlust des vierten Theils des geliehenen Capitals gegen die Erben des Wucherers, nicht mehr Statt finden könne[21]. Dahingegen werden durch die Begebung der Ausflucht des getriebenen Zinswuchers so wenig die privatrechtlichen als criminellen Folgen desselben aufgehoben[22]; indem ein solcher Verzicht nach der Regel des Papinian[23]), *ius publicum pri-*

20) S. WINCKLER Progr. de condictione immodici foenoris. §. At vero. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 27. in fin.

21) Tittmann's Handbuch 3. Th. §. 557.

22) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVI. medit. 8. KOCH Institut. iuris crim. §. 624. von Quistorp Grundsätze des Peinl. Rechts. 1. Th. §. 446.

23) *L.* 38. *D. de pactis.* *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Resp. VII. nr. 54 pag. 150.

vatorum pactis mutari non potest, durchaus keine Wirkung haben kann, wenn er auch mit einem Eide wäre bekräftiget worden [24]).

§. 1137.

Zinsen unter dem Namen der Interessen oder jährlichen Renten.

Es ist sehr gewöhnlich, die Zinsen auch unter dem Namen der Interessen zu fordern. Allein da das Interesse (id, quod interest) die Summe des Schadens bezeichnet, den man durch des Andern imputable Schuld erlitten hat [25]); so können die Zinsen unter dem Namen des Interesse oder der Interessen nur eigentlich dann gefordert werden, wenn sie in unerlaubten Handlungen des Verpflichteten ihren Grund haben. Diese Interessen, z. B. Verzugszinsen unterscheiden sich aber von andern Zinsen darin, daß sie nur dann auf fünf von Hundert eingeschränkt sind, wenn kein höheres Interesse bewiesen wird [26]). Ehemals forderte man auch, zur Umgehung des Zinsenverbots, die Zinsen unter dem Namen jährlicher Renten. Man kaufte sich, wenn man sein Geld verzinslich ausleihen wollte, mittelst einer dem Andern überlassenen Geldsumme das Recht, jährlich von demselben oder aus seinen unbeweglichen Gütern eine gewisse Abgabe oder Zins in Gelde, oder Naturalien, Getraide, Wein u. s. w. zu erheben. Man nannte diesen

24) *Cap.* 13. *X. de Usur.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol V. Obs. 603. nr. 25. et 30.

25) S. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutsch. u. Röm. Privatrechts. S. 227. ff.

26) R. Deputat. Absch. vom J. 1600. §. 139.

Kauf einen Gültkauf, oder Rentekauf, eine Gültenverschreibung, und die dadurch bedungene jährliche Abgabe, jährliche Gülten oder Renten, annui reditus, und diese waren von zweyerley Art, persönliche oder dingliche, je nachdem sie entweder blos von der Person des Schuldners gefordert werden konnten, oder als eine Reallast auf einem Grundstück hafteten, und dem jedesmaligen Besitzer desselben oblagen [27]). Jene kennt auch das Römische Recht, und unterscheidet sie von Zinsen, wie aus der nicht glossirten *Nov.* 160. *Cap.* 1. des Kaisers Justinian erhellet, wo gesagt wird, das Gesetz, welches er gegeben habe, daß die Zinsen nicht über die Summe des Kapitals sollen gefordert werden dürfen, gehe nicht auf sie. Letztere verwirft das Römische Recht, vermöge welchem nur derjenige, der sie auflegte, und dessen Erbe, aber nicht jeder nachfolgende Besitzer dadurch gebunden werden soll [28]). Das teutsche Recht aber läßt sie zu, und kennt zweyerley Arten dinglicher Renten, wiederkäufliche oder ablösliche und unablösliche, je nachdem dem Schuldner die Freyheit zusteht, das Grundstück, auf welchem sie haften, durch Bezahlung des Capitals, von deren Abtrage zu befreyen, oder nicht. So wie nun der Rentekauf nichts anders als ein verschleiertes Darlehn war; so waren auch die annui reditus, nichts

27) S. *Jo. Jac.* SORBER Commentat. de censu constitutivo seu mutuo palliato. *Jenae* 1746. 4. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 2. B. §. 203. b.

28) *L.* 81. §. 1. *D. de contrah. emt. vendit.* L. 12. *D. de annuis legatis.* KIND Quaestion for. Tom. III. Cap. 41. und Schweppe Römisches Privatrecht. §. 56. der 2. Ausgabe.

anders als usurae palliatae. Daher waren sie auch anfangs so verhaßt, als die Zinsen, ja sie waren, durch Mißbrauch dieser Anstalt, für die Schuldner, besonders die Landleute, noch viel drückender, als die Zinsen, darum wollte sie Kr. Friedrich II. ganz abgeschafft wissen, indem er den weltlichen Fürsten im Jahre 1232. das Privilegium ertheilte [29]), daß ihre Unterthanen von allen dinglichen Zinsen an Wein, Geld, Getraide, oder wozu sich sonst die Landleute verpflichtet hätten, künftig befreit seyn sollten. Allein man war nun schon seit undenklicher Zeit an diese Art, sein Geld anzulegen, so gewöhnt, daß weder kirchliche Verbote, noch weltliche Verfügungen dagegen etwas vermochten. Es gab sogar Städte, die sich die Aufrechthaltung dieser Art von Geldhandel durch besondere Freiheitsbriefe zu versichern suchten. Dadurch geschahe es denn, daß endlich die Päbste Martin V. und Calixtus III. in den Jahren 1420. und 1455. veranlaßt wurden, den Renten- und Gültkauf, auf Ansuchen der Stadt Breslau, und der Merseburgischen Geistlichkeit, die sich beyde auf ein unfürdenkliches Herkommen beriefen, ausdrücklich zu genehmigen und förmlich zu bestätigen [30]). Endlich nahm auch die teutsche Reichsgesetzgebung diesen Gegenstand zu ihrem Augenmerk, und bestätigte zwar auf der einen Seite den Rentekauf, als allenthalben üblich und gemein, bestimmte aber auch auf der andern Seite die Form des Gültenkaufs nunmehr dahin,

29) S. die neue Sammlung der Reichsabschiede. 1. Th. Nr. XI. S. 18.

30) *Cap. 1. et 2. Extravagant. commun. de emt. vendit.*

1) daß die Verschreibung allezeit auf Wiederkauf geschehen solle [31].

2) Daß mit hundert Gulden Hauptgeldes nicht mehr als fünf Gulden jährlicher Gülten gekauft werden sollten [32]; welches denn auch von Korn, Wein und andern Natural-Gülten gelten sollte [33]. Endlich

3) daß die Loskündigung der Güterverschreibung auf Wiederkauf, wie Wiederkaufsrecht, allein bey dem Verkäufer, das ist dem Schuldner, und nicht bey dem Käufer, oder dem Gläubiger, stehen solle, ohne übrigens darauf zu sehen, wie die Gültverschreibung gestellt ist [34]. Jedoch soll

4) der Vertrag gelten, wodurch der Schuldner sich verpflichtet, daß er auf den Fall, da er in Zahlung der jährlichen Gülten sich säumig erzeigen würde, alsdann dem Gläubiger sofort die Kauf- oder Hauptsumme neben den Gülten wiedergeben wolle [35].

Mag nun auch gleich der Rentekauf die Stelle des zinsbaren Darlehns vertreten haben, so zeigt sich doch nun darin zwischen beyden Geschäften ein wesentlicher Unterschied, daß bey den letztern, der Natur der Sache

31) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahr 1530. Tit. 26. §. 8.

32) Reichs-Policey-Ordnung v. J. 1530. a. a. O. vom J. 1548. Tit. 17. §. 8.

33) Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1577. Tit. 19. §. 3.

34) R. Policeyordnung v. J. 1577. Tit. 17. §. 9.

35) Deputationsabschied zu Speier v. J. 1600. §. 35.

nach, die Freyheit der Aufkündigung dem Gläubiger sowohl, als dem Schuldner, zustehen muß; dahingegen bey dem erstern diese Freyheit nur dem Schuldner gesetzlich vorbehalten ist [36]). Der Rentenkäufer giebt also dem Verkäufer das bestimmte Geld nicht, wie beym Darlehn, als ein Capital blos zum Gebrauch, sondern er zahlt es als eine Kaufsumme zum wahren und unwiederruflichen Eigenthum; der Verkäufer empfängt es demnach nicht unter der Verbindlichkeit, es dereinst zu restituiren, sondern mit dem Rechte, es ewig zu behalten, wenn er sich nicht, durch freywillige Zurückzahlung der Kaufsumme, von der Last des jährlichen Rentenabtrags befreyen will. Die dem berechtigten Rentekäufer jährlich zu entrichtenden Renten sind daher auch nicht, so, wie Zinsen, als ein accessorium sortis anzusehen, welche der Gläubiger für den überlassenen Gebrauch des Capitals erhält; sondern sie sind vielmehr als eine für die bezahlte Kaufsumme erhandelte Waare und schuldige Hauptsache zu betrachten [38]). In dieser Hinsicht konnte Justinian in der Nov. 160. Kap. 1. den Gültekauf von einem zinsbaren Anlehn allerdings unterscheiden. Dieser wesentliche

36) S. Danz a. a. O. S. 272. f.

37) *Fratrum* Becmannorum Consilia et Decision. P. I. Resp. VII. nr. 17. pag. 127. sq.

38) Molinaeus Tr. commerciorum et usurarum Qu. I. nr. 17. pag. 20. Frommann Diss. de annuorum redituum et usurarum natura. §. 4. sqq. Carpzov P. III. Const. 24. Def. 12. Berlich Decision. P. II. Decis. 286. nr. 29. sqq. Cramer Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 92. Cocceji iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 15.

Unterschied zwischen jährlichen Renten und Zinsen eines Darlehns findet aber nicht nur bey den dinglichen, sondern auch, wegen Gleichheit des Grundes, bey den persönlichen Renten statt [39]. Zwar wollte Pabst Pius V. die persönlichen Renten abgeschafft wissen, indem er in einer Bulle vom Jahr 1570 verordnete, daß jährliche Renten nur auf unbeweglichen, oder diesen gleichgeachteten Sachen, insofern sie ihrer Natur nach Früchte hervorbringen, constituirt werden sollten [40]; allein diese Verordnung ist in Teutschland, nach dem Zeugniß der berühmtesten Canonisten [41], selbst bey den Katholiken, nicht recipirt worden. Der jüngste Reichsabschied vom J. 1654 §. 174. billiget daher die wiederkäuflichen Zinsen ohne Unterschied, und sie sollen alle Jahe in den verglichenen Terminen, jedoch nicht weiter als zu 5 Procent, unfehlbar bezahlt, auch, im Falle des Saumsals, auf bloße Vorzeigung der Obligation, per paratam executionem von dem Schuldner beygetrieben werden. Man giebt übrigens noch manche andere Unterschiede zwischen jährlichen Renten und Zinsen an, welche

39) Gail Observat. Lib. II. Obs. 7. nr. 11. sqq. Hahn Diss. de annuis reditibus. Concl. 8. et 9.

40) *Cap. un. de forma contrahendi censum*, in libr. *VII. Decretal.* und in des Cherubini Bullario magno Rom. Tom. II. pag. 295.

41) Wiestner Institut. canon. Lib. V. Tit. 19. Art. V. nr. 81. *Paul Jos.* a Riegger Institut. iurisprud. ecclesiast. P. IV. §. 507. *Car. Seb.* Berardus Commentarior. in ius ecclesiast. univ. Tom. IV. P. I. Diss. V. Cap. 4. pag. 146. edit. *Venet.* 1778.

darin bestehen sollen, daß bey den erstern die jährlichen Gülten auch über die bezahlte Hauptsumme laufen, und auch von denselben Zinsen des Verzugs sollen gefordert werden können [42]). Allein da die Reichsgesetze die jährlichen Gülten, in Ansehung der Grenzen, den Zinsen gleichstellen, und sorgfältig zu verhüten suchen, daß die Rentpflichtigen durch den Gültekauf nicht über die Gebühr, und mehr, als andere Schuldner, beschwert würden; so verwerfen andere [43]) diesen Unterschied. Dieser letztern Meinung kann man auch insofern beypflichten, daß dasjenige, was oben von Zinsen über das alterum tantum, und vom Anatocism gesagt worden ist, auch bey wiederkäuflichen Gülten gelten müsse, weil die Gesetze auch bey diesen keinen Zinswucher gestatten [44]). Noch ist die Frage übrig, ob sich nicht die wiederkäuflichen Gülten darin von Zinsen aus Darlehnen unterscheiden, daß sie bey Concursen ein Vorzugsrecht genießen? Unser Hellfeld

42) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 15. *Jo. Ulr. de* CRAMER Diss. de charactere distinctivo contractus mutui et annuor. redituum. §. 9. (in EIUS Opusc. Tom. III. pag. 471.) Desselben Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 92. und Desselben Wetzlar. Nebenstunden. Th. 82. S. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 40.

43) BOEHMER iur. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 65. pag 389. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLII. med. 2. von Trützschler Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unableglicher Zinsen bey entstandenen Concursen. Altenburg 1777. § 19. S. 48. f. und *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 54.

44) G. SORBER Commentat. de censu constitutivo, seu mutuo palliato. §. 271. sqq.

beantwortet diese Frage so, daß sie in einigen teutschen Provinzen mit einem privilegirten Pfandrecht alsdann versehen wären, wenn sie mit Einwilligung der Obrigkeit einem Grundstück auferlegt worden sind. Dieß war auch wirklich ehemals der Fall in Sachsen [45]); es ist dieses aber durch die neuere Prozeßordnung des Churf. Friedrich August von Sachsen abgeändert worden, nach welcher die Zinsen von wiederkäuflichen Stämmen nur dann, wenn sie gerichtlich constituirt und consentirt worden sind, ein ius reale wirken, aber auch sodann kein ius prioritatis haben sollen [46]). Nach der Preußischen Gerichtsordnung Tit. 50. §. 430. gehören sie in die fünfte Classe, insofern sie nicht nach Vorschrift der Hypotheken-Ordnung sind eingetragen worden, in welchem Falle sie das Recht hypothekarischer Forderungen der dritten Classe haben. Abgesehen davon, so kommt ihnen nach dem gemeinen Rechte gar keine Priorität zu, sondern sie sind als bloße Personalschulden anzusehen, wenn derentwegen keine Hypothek bestellet worden ist [47]).

§. 1138.

Unterschied zwischen Zinsen und Früchten.

Von allen übrigen Gegenständen, deren in der Aufschrift dieses Titels Erwähnung geschieht, nehmlich von Früchten, Accessionen und Verzuge ist schon an

45) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLII. Corollar. p. 933. Berger Elect. Disceptat. for. p. 1813.

46) Sorber cit. Commentat. §. 276.

47) Von Trützschler in dem angef. Versuche §. 21. und Sorber cit. Commentat. §. 274 – 278.

andern Orten dieses Commentars gehandelt worden. Nur bemerkt Hellfeld von den Früchten, daß wenn gleich die Zinsen in den Gesetzen als eine Art von Früchten betrachtet werden [48]) dennoch die Früchte in mancher Hinsicht mehr begünstiget seyen, als die Zinsen. Denn 1) in stricti iuris iudiciis können zwar Früchte, aber nicht Zinsen, gefordert werden. Es ist jedoch in Gemäßheit der *L.* 38. *D. h. t.* ein Unterschied zu machen, ob der Kläger eine Sache fordert, welche schon vorher sein Eigenthum war, oder nicht. Im ersten Falle kann er die Sache mit allen Früchten zurückfordern, und der Beklagte muß sie restituiren, sie mögen vor oder nach entstandenem Prozesse erhoben seyn. In diesem Falle ist also zwischen bonae fidei und stricti iuris iudicia kein Unterschied. In dem letztern Falle hingegen können die Früchte nur von Zeit der Litiscontestation an gefordert werden [49]), dahingegen Zinsen, die nicht stipulirt sind, auch nicht einmal von dieser Zeit an in iudiciis stricti iuris gefordert werden konnten [50]). 2) Die Früchte müssen von

48) *L.* 34. *D. h. t.* Jedoch sagt dieses Gesetz selbst, daß nur in iudiciis bonae fidei die Zinsen den Früchten gleichgesetzt sind. Insbesondere bezieht sich der Satz des Ulpians, daß die Zinsen billig von den Früchten nicht unterschieden werden dürfen, auf das Senatusconsult von der Erbschaftsklage, dessen Worte in L. 20. §. 4. *D. de hered. petit.* angeführt werden. S. *Gerh.* Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 12.

49) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. u. *Io. Nic.* Hertii Diss. de fructuum persecutione in actionibus personalibus; (in Opuscul. Vol. I. Tom. III. p. 189—200.)

50) *Ger.* Noodt c. l. pag. 255. Man sehe auch den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 249.

einem malae fidei possessor restituirt werden, wenn sie auch den Werth der Hauptsache überschreiten sollten [51]). 3) Der malae fidei possessor muß zwar fructus percipiendos restituiren, allein Zinsen von Geldern, welche nicht ausgeliehen worden, ersetzt er nicht [52]). 4) Auch können bey der Erbschaftsklage Zinsen von Früchten gefordert werden, welche der Besitzer der in Anspruch genommenen Erbschaft vor entstandenem Prozeß erhoben und verkauft hat [53]); nur nicht von Früchten, welche erst nach entstandenem Prozeße gezogen worden sind [54]). Hellfeld behauptet zwar mit mehreren Rechtsgelehrten [55]), Zinsen könnten gar nicht von Früchten gefordert werden; allein die *L.* 15. *D. h. t.* worauf er sich beruft, redet von der Reivindication, bey welcher die Früchte immer nur als Nebensache gefordert werden; dahingegen bey der Erbschaftsklage die vor dem Prozeß erhobenen Früchte die Erbschaft ipso iure vermehren, und einen Theil derselben ausmachen [56])

51) *L.* 22. *Cod. de rei vind.* *L.* 1. *Cod. de his, quibus ut indignis.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIX. med. 4.

52) *L.* 62. *pr. et* §. 1. *D. de rei vind.* *L.* 20. §. 14. *D. de heredit. petit.* S. den 7. Th. dieses Commentars §. 570 und den 8. Th. §. 591. S. 296.

53) *L.* 51. §. 1. *D. de heredit. petit.* *L.* 18. *D. de his, quae ut indign. auf.*

54) Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 12. S. auch den 7. Th. dieses Commentars a. a. O. S. 570.

55) Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 13. Schaumburg Comp. iuris Dig. h. t. §. 12

56) *L.* 20. §. 3. *L.* 40. §. 1. *de hered. petit.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. in fin. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 194. a. E.

Cujaz [57]) giebt endlich 5) auch noch den Unterschied an, daß durch freywillige Umschaffung einer Obligation (novatio) zwar der Zinsenlauf aufhöre [58]), allein derselben ungeachtet die Früchte gefordert werden könnten, die sowohl vor als nach der Novation erhoben worden sind [59]).

57) Observation. Lib. XVIII. cap. 3.

58) *L.* 18. *D. de novation.*

59) *L.* 4. *§. ult. D. h. t.* CUJACIUS Commentarior. in Lib. XXVII. Quaestion. Papiniani. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 690. in fin.

Lib. XXII. Tit. II.

De nautico foenore.

§. 1139.

Begriff von foenus nauticum, und pecunia trajectitia. Foenus quasi nauticum.

Mehr als gewöhnliche Zinsen erlauben die Gesetze dem Gläubiger, wenn er die Gefahr des Capitals übernimmt. Hier lassen sich zwey Fälle gedenken.

1) Das verzinslich dargeliehene Geld soll entweder in Natur, oder in Waaren, welche der Schuldner mit dem Gelde angeschafft hat, auf Gefahr des Gläubigers über See versendet werden. Ein solches Capital wird *pecunia trajectitia*, und die davon zu entrichtenden Zinsen *nauticum foenus* [60]) genennt. Daß die pecunia

60) *Claud.* Salmasius de modo Usurarum. Cap. 3. 5. 8 et 9. *Ger.* Noodt de foen. et Usur. Lib II. cap. 7. *Jo.* Borcholten de nautico foenore. *Helmst.* 1594. u. 1704. 8. *Franc.* Stypmann iur. maritim. P. IV. Cap. 2. (in Scriptor. de iure nautico et maritimo a *Jo. Gottl.* Heineccio editor. fascic. pag. 374. sqq.) *Reinold.* Kurike iur. maritim. hanseatic. ad Tit. 6. (*Ibid.* pag. 760. sqq.) *Jo.* Loccenius de iure maritimo Lib. II. cap. 6. pag. 987. sqq. und *Mart. Hieronym.* Hudtwalcker Diss. de foenore nautico Romano. *Hamburgi* 1810. 4.

trajectitia auch in Waaren bestehen kann, welche für das dargeliehene Geld sind angeschafft worden, wenn sie auf Gefahr des Gläubigers verschifft werden, lehrt Modestin in folgender Stelle.

L. 1. D. h. t. MODESTINUS *libro X. Pandectarum.* TRAJECTITIA ea PECUNIA est, quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit trajectitia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae, in ea causa habentur? et interest utrum etiam ipsae *periculo creditoris* navigent: tunc enim *trajectitia pecunia* fit.

Wenn gleich Paulus *L. 6. D. h. t.* die usurae maritimae von der pecunia trajectitia ausdrücklich unterscheidet, so wird doch auch der Ausdruck *nauticum foenus* häufig für das über See zu versendende Capital selbst genommen, welches dem Schuldner auf eine solche Art dargeliehen worden ist, daß es, wegen der von dem Gläubiger übernommenen Seegefahr, mit den in einem solchen Falle erlaubten höhern Zinsen dereinst, nach überstandener Gefahr, zurückgezahlt werden soll. Einen Beleg dazu geben die Worte des Rescripts der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 3. Cod. h. t.* Cum proponas te *nauticum foenus* ea conditione *dedisse*, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata, *foenebris pecunia* tibi redderetur. Es leuchtet in die Augen, daß hier der Ausdruck *nauticum foenus* nicht kann für usurae nauticae genommen werden, denn es wird ja nachher *foenebris pecunia* genannt. Wie könnte auch von Zinsen gesagt werden, nauticum foenus *dare?* Der Ausdruck nauticum foenus be-

greift also hier Zinsen und Capital unter sich, welches auch, wie Claudius Salmasius (*Saumaise* [61]) sehr richtig bemerkt hat, seinen guten Grund darin hat, weil nach überstandener Seegefahr das Capital mit den Zinsen, welche also hier nicht so, wie bey einem gemeinen verzinslichen Darlehn, in bestimmten Terminen laufen, zugleich bezahlt wird.

2) Das Geld wird zu einem andern mißlichen, jedoch an sich nicht unerlaubten, Geschäft dargeliehen, wobey der Gläubiger gegen höhere Zinsen die Gefahr übernimmt. Es kann z. B. der Ausgang eines Unternehmens von einer Casual-Bedingung abhangen, ein Dritter schießt das dazu nöthige Geld her, unter ausbedungenen höhern Zinsen, und verpflichtet sich beydes verlieren zu wollen, wenn das Geschäft mißlingen sollte. Man pflegt ein solches Anlehn *foenus quasi nauticum* zu nennen. Es gehört hierher die wegen Verschiedenheit der Leseart sehr schwierige Stelle aus Scävola's *libro sexto Responsorum*, welche nach der florentinischen Ausgabe der Pandecten des Taurellius (Torelli) in der *L. 5. D. h. t.* folgendermassen lautet:

Periculi pretium est, et si condicione quamvis poenali non exsistente, recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam: si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condiciones nasci solent: ut *si manumittas*, si *non illud facias*, *si non convaluero*, et cetera: nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniae dederim, ut si coepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet,

61) De usuris. Cap. 2 pag. 24. sq.

exerceretque: ut si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

Cujaz [62]) hat folgende griechische Uebersetzung aus den Basiliken restituirt:

Δανείζων δύναμαι συμφωνεῖν λαβεῖν ὃ δέδωκα σὺν ἑτέρᾳ ποσότητι ὡσανεὶ τίμημα τοῦ κινδύνου, μόνον μέν τοι μὴ ἐπὶ κόπτῳ, ἀλλὰ ἐξ ὧν ἁρμόζει condictitios, *τυχὸν, ἵνα μὴ ἐλευθερώσεις, ἵνα μὴ τόδε ποιήσεις, ἐὰν μὴ ὑγιανῶ καὶ τὰ λοιπά· ἢ ἐὰν χορηγήσω ἁλιεῖ εἰς παρασκευὴν, ἵνα ἐνα ἐὰν ἁλιεύσῃ, παράσχῃ· ἢ ἀθλητῇ ἐπὶ τῷ ἑυτὸν θρέψαι, καὶ γυμνάσαι, καὶ ἐὰν νικήσῃ ἀποδῷ ἐπὶ τοῦτον γὰρ τὸ πάκτον, καὶ χωρὶς ἐπερωτήσεως πλατύνει τὴν ἐνοχήν.*

Soviel zuvörderst die Leseart unserer Gesetzstelle anbetrifft, so finden sich hier so viele Varianten, wie fast bey keiner andern Stelle in den Pandecten. Denn 1) für conditione quamvis poenali, lesen Haloander und Baudoza conditione *quavis* poenali. Ferner 2) bey den Worten *non* existente will Baro [63]) die Negation weggestrichen haben, Andere versetzen die Worte, und zwar Cujaz [64]) so: et si conditione, *quamvis non poenali*, existente, Hotomann [65]) hingegen streicht das et weg, und lieset: Periculum pretium *non* est, si conditione *quavis* poenali existente etc. 3) Statt si modo *in aleae speciem* non cadat, lieset Baudoza

62) Observation. Lib. IX. cap. 28.

63) Libro manuali.

64) Recitat. ad L. 5. D. h. t.

65) Observation. Lib. V. cap. 1.

si modo *in aliam speciem* non cadat: eben so unser Erlanger Codex, auch Russard und Charondas haben diese Leseart bemerkt, und Cujaz und Pothier[66]) geben ihr den Vorzug. Salmasius[67]) hingegen glaubt, das Gesetz habe keinen Sinn, wenn man nicht mit Weglassung der Negation lese: *si modo in aleae speciem cadat.* Allein aus dem Folgenden wird sich zeigen, daß überall die Florentinische Leseart für die richtigere zu halten sey. Dahingegen ist 4) statt conditiones, ohne Zweifel *condictiones* zu lesen. Diese Leseart wird nicht nur durch die Basiliken bestärkt, sondern der ganze Zusammenhang der Worte, veluti ea, *ex quibus condictiones nasci solent*, macht auch dieselbe nöthig. Denn nie sagen die Gesetze von Bedingungen, conditiones nascuntur, sondern *adjiciuntur*, *adscribuntur*, *apponuntur*; dahingegen ist desto gewöhnlicher die Redensart *ex hac causa condictio nascitur*, oder *nasci solet*[68]). Statt *nasci solent*, lesen auch einige Handschriften *nascuntur*, wie Russard und Charondas bemerken, und Haloander hat auch diese Leseart in seine Ausgabe aufgenommen. Endlich 5) für *si manumittas* will Cujaz nach den Basiliken *non* manumittas lesen, und Charondas bemerkt, daß seine Handschrift der Pandecten ebenfalls die Negation habe. Diese Leseart billigt auch Anton Schulting[69]). Unter denen, welche dieses Gesetz erklärt haben, zeichnen

66) Pand. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. VI.

67) De modo usurarum. Cap. 9. pag. 350.

68) *L. 6. L. 52. D. de donat. inter Vir. et Ux. L. 58. §. 5. D. de Usuris.*

69) Thes. controversar. Dec. LXXXXVI. Th. 3.

sich Justus Zinzerling [70]), Gerh. Noodt [71]), und Cornelius van Eck [72]) vorzüglich aus. Franz Hotomann [73]), Claud. Salmasius [74]) und die übrigen, welche Zinzerling angeführt hat, haben dasselbe durch unnöthige Emendationen mehr entstellt, als erläutert. (Corn. van Eck hat unser Gesetz unter die septem damnatas Leges Pandectarum oder die sogenannten cruces ICtorum aufgenommen; man hat sich indessen die Sache wohl schwieriger gemacht, als sie in der That ist.

Die Uebernehmung der Gefahr ist es, welche bey der pecunia trajectitia den Gläubiger berechtiget, sich die höchsten Zinsen versprechen zu lassen, und eben dieselbe ist auch der Grund, warum hier zur Begründung des Zinsen-Versprechens keine Stipulation erfordert wird, sondern ein bloßes pactum genügt. Paulus giebt dieses nicht undeutlich zu erkennen, wenn er *libro III. ad Edictum*, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist, sagt: In quibusdam contractibus [75]) etiam usurae

70) Opinationes Variorum de vero intellectu nobilissimae et vexatissimae L. Periculi pretium 5. D. de naut. foenore, in unum fasciculum compulsae, et eiusdem, contra plerosque omnes, genuina explicatio noviter tradita, et insignis hodieque usus demonstratus. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 1418 sqq.)

71) De foen. et usur. Lib. II. cap. 7. pag. 218.

72) Commentat. de septem damnatis Legibus Pandectarum, cum praefat. *Chr. Gott.* REINHARDI. *Halae* rec. 1766. Cap. VI.

73) Cit. loc.

74) Cit. loc.

75) *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. Cap. 6. glaubt hier eine Lücke zu finden, welche durch Einschaltung der

debentur, *quemadmodum per stipulationem.* Nam si dedero decem trajectitia, *ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam*, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere. Es entstand nun Zweifel, ob nicht das Nämliche auch in dem Falle gelte, da Geld, zwar nicht, um es auf des Gläubigers Gefahr über See zu schicken, aber doch auf eine solche Art geliehen wird, daß es, gegen eine Belohnung für die Uebernehmung der Gefahr, nur dann wiederbezahlt werden soll, wenn eine gewisse Bedingung, sie stehe in der Macht des Geldempfängers, oder hänge vom Zufall ab, sich ereignen oder nicht ereignen wird? Scävola trägt kein Bedenken die Frage zu bejahen. Denn man kann es, sagt er, eben so, wie das foenus nauticum, als eine Belohnung für den ungewissen Ausgang einer Bedingung ansehen, für welchen der Gläubiger das Risico übernommen hat, daß wenn die Bedingung nach der Verschiedenheit ihrer Fassung entweder existirt, oder nicht erfüllt wird, sollte es auch eine Pönal-Condition seyn, er nicht nur das wiedererhält, was er gegeben hat, sondern auch, was noch ausserdem bedungen worden ist. Ob die Bedingung eine casuelle, oder eine potestative oder eine vermischte ist, darauf kommt nichts an. Der Gläubiger übernimmt also hier blos die Gefahr für den Erfolg der beygefügten Bedingung. Geht das Geld durch einen andern Zufall verloren, so muß diesen der Schuldner tragen [76]). Es er-

Worte *ex pacto* müsse ausgefüllt werden. Daß diese Worte wenigstens hier subintelligirt werden müssen, ist ausser Zweifel.

76) S. ZINZERLING Commentat. cit. Cap. 2. (in *Thes. Otton.* Tom. V. pag. 1450.)

giebt sich also hieraus, daß das Wort *periculum*, von welchem überhaupt der Begriff sehr schwankend, und juristisch wenig befestiget ist [77]), nicht gerade, wie man gewöhnlich annimmt, einen fortuitus eventus voraussetzt, wenn gleich übrigens nicht zu läugnen ist, daß in vielen Stellen des Römischen Gesetzbuchs das Wort *periculum* den casus fortuitus bezeichnet; denn die Gesetze reden auch von einem periculum *negligentiae*, periculum *culpae* [78]); sondern es bezeichnet hier jeden zweifelhaften Erfolg, wenn er auch nicht vom Zufall, sondern von eines Andern Willen oder Schuld abhängt [79]). Es kann daher die Bedingung, von deren Ausgange der Gläubiger das Risico übernommen hat, um so mehr auch eine potestative seyn, welche sich auch der Empfänger des Geldes auf den Fall, da er dieselbe, welche in seiner Macht stand, nicht erfüllte, zur Strafe anrechnen kann, je gewisser anzunehmen ist, daß sich der Empfänger, in dessen Gewalt der Erfolg steht, möglich bemühen werde, um die ihm gemachte Bedingung zu erfüllen, damit er das ihm auf diesen Fall Gegebene gewinne; desto gewisser ist aber auch auf Seiten des Gebers die Gefahr, das Gegebene eher zu verlieren, als den auf die Nichterfüllung der Bedingung bedungenen Gewinn zu erhalten. Und so geht nun klar hervor, wie vergeblich die in der Leseart unsers Gesetzes von Cujaz und Hotomann vorgenommenen Aenderungen sind, wie Zinzerling [80]) ganz augenscheinlich dar-

77) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts §. 77. u. 78.

78) *L.* 39. §. 11. 12. *et* 14. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L.* 40. *D. eodem.*

79) S. Zinzerling c. l. Cap. 4. pag. 1459.

80) Cit. loc. pag. 1462. sq.

gethan hat. Es darf uns auch nicht irre machen, wenn Scävola von einer conditione non exsitente spricht, die den Gläubiger berechtige, das Gegebene cum pretio periculi zurückzufordern. Es heißt wohl freylich in der gleich nachher folgenden *L. 6. D. h. t.* ipsius crediti obligationem, *non existente conditione*, defecisse videri; allein es kommt darauf an, wie die Bedingung gefaßt ist. Ich will jetzt nicht erwähnen, daß eine Bedingung entweder bejahend oder verneinend ausgedruckt seyn kann; denn auch wenn das nicht geschieht, was nicht geschehen soll, so ist doch die Bedingung erfüllt [81]); sondern es ist darauf zu sehen, ob das Geld dergestalt gegeben worden ist, daß wenn die Bedingung existirt, es der Empfänger behalten soll; oder ob es so gegeben worden ist, daß wenn die Bedingung erfüllt wird, der Geber das Geld cum pretio periculi zurückerhalten solle. Z. B. wenn ich auf folgende Art paciscire: *Do tibi decem, ut, si Stichum non manumiseris, quindecim reddas, sin minus, tibi habeas;* so existirt die Bedingung, wenn der Sklave nicht manumittirt wird, denn die Bedingung geht dahin, daß Etwas nicht geschehe. Ich erhalte also auch das pretium periculi, wenn der Sklave nicht freygelassen wird, denn die Bedingung, unter welcher das Gegebene mit der ausbedungenen Belohnung zurückgegeben werden solle, ist eingetreten. Man setze hingegen, ich hätte so paciscirt: *Do tibi decem, ut, si Stichum manumiseris, retineas; sin secus, cum altero tanto restituas;* so existirt die Bedingung, wenn der Sklave freygelassen wird; allein das Gegebene mit dem pretium periculi kann ich nur dann zurückfordern, wenn Stichus nicht manumittirt worden, also die Bedingung nicht er-

81) *Lib. 115. D. de Verbor. obligat.*

füllt ist. Soviel die Leseart: *Si manumittas* anbetrifft, so muß, wenn dieselbe richtig ist, die Bedingung auf das Gegentheil gerichtet werden; z. B. Do tibi decem, ut, *si Stichum non manumittas*, data tibi habeas; sin contra facias, viginti reddas. Denn, wird der Sklave freygelassen, so ist die Bedingung nicht erfüllt. Man könnte zur Unterstützung dieser Leseart anführen, daß Beyspiele einer solchen Bedingung auch in den Pandecten [82]) nicht selten sind. Dennoch scheint auch die von Cujaz und Hotomann aus den Basiliken restituirte Leseart: Si *non* manumittas, welcher auch Duaren [83]) und Schulting beypflichten, Gründe für sich zu haben, welche jener den Vorzug streitig machen. Ich will nicht erwähnen, daß die Weglassung der Negation überhaupt kein ungewöhnlicher Fehler der Abschreiber ist [84]), sicher aber sind die Beyspiele der die Freyheit begünstigenden Bedingung in den Pandecten [85]) viel häufiger. Scävola scheint also die contraire Bedingung um so mehr zum Beyspiel gewählt zu haben, da auch die übrigen Beyspiele auf Bedingungen gehen, welche bejahend gefaßt waren. Dessen ungeachtet kann man immerhin die gemeine Leseart beybehalten. Man braucht sich auch nicht gerade den Fall zu denken, daß etwa Jemand,

82) *L. 67. D. de condit. et demonstrat. L. 6. D. de servis export. L. 5. Cod. eodem. L. 13. §. 14. D. de SCto Silan.*

83) Commentar. ad h. Tit. Pand.

84) S. AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2.; JAUCHIUS Meditat. crit. de Negationib. Pandect.

85) *L. 7. §. 2. D. de pact. L. 5. pr. et §. 2. D. de praescr. verb. L. 8. §. 7. D. de condit. instit.* u. a. m.

der vielleicht einmal von dem Sklaven war beleidiget worden, der Freyheit desselben einen Riegel habe vorschieben wollen. Im Gegentheil kann ihm, um seines eigenen Interesse willen, gerade daran gelegen seyn, daß der Sklave manumittirt werde. Z. B. A. giebt dem B. zehen Ducaten, die er behalten soll, wenn er seinen Sklaven Stichus nicht manumittiren wird. Sollte er ihn aber freylassen, so soll er das Empfangene doppelt zurückgeben. A. hat hier nichts weniger zur Absicht, als dem Sklaven den Weg zur Freyheit zu verschließen. Im Gegentheil ist es sein einziger Wunsch, daß er dieselbe erhalte. Er hatte nämlich zufällig erfahren, daß C. den B. unter der Bedingung zum Erben eingesetzt habe, wenn er seinen Sklaven Stichus manumittiren würde. Er sahe also voraus, B. werde, um der Erbschaft willen, seinen Sklaven in Kurzen manumittiren müssen. Darum schloß er mit dem B. jenen Vertrag; also um seines eigenen Vortheils willen. Allein wie läßt sich hier ein pretium periculi denken? wird man einwenden. Dieser Zweifel verschwindet, wenn man erwägt, daß noch Manches darzwischen kommen konnte, welches die Manumission vereitelte; z. B. der Tod des Sklaven; der Gläubiger übernimmt also auch hier die Gefahr, das Gegebene eher zu verlieren, als den beabsichtigten Gewinn zu erhalten.

Auf keinen Fall darf jedoch das Geschäft, bey welchem der Gläubiger die Gefahr übernimmt, in den Gesetzen verboten seyn. Hierauf gehen die Worte des Scävola: Si modo *in aleae speciem* non cadat, wenn man der Florentinischen Leseart den Vorzug giebt, mit welcher auch mehrere Ausgaben, als die des Haloander,

und Hugo a Porta, (Lion 1572. f.) übereinstimmen. Nach dieser Leseart wäre dann das Wort alea in seiner eigentlichen Bedeutung für ein verbotenes Spiel zu nehmen, wie es auch Noodt[86]), Voet[87]), Schulting[88]), Zinzerling[89]) und van Eck[90]) erklärt haben, und weil Scävola *in aleae speciem* non cadat sagt, so hat er die hier gemachte Ausnahme nicht blos auf den ungewissen Ausgang eines verbotenen Spiels einschränken, sondern vielmehr dadurch überhaupt andeuten wollen, daß nur bey solchen Geschäften ein pretium periculi zuzulassen sey, welche nicht, wie das Spiel, und was sonst damit eine Aehnlichkeit hat, verboten sind. Zur Erläuterung können hier die Worte des Kaisers Justinian dienen, wenn er *L.* 1. *Cod. de aleator.* sagt? Sed et si quis *sub specie alearum* victus sit, lupinis, vel alia quavis materia, cesset etiam adversus eum omnis exactio. Die Glosse hat bey ihrer Erklärung die in den damaligen Handschriften der Pandecten befindlich gewesene Leseart *in aliam speciem* zum Grunde gelegt, und versteht diese Worte so: Si modo *in alium contractum*, sc. innominatum, non cadat, in quibus cessat repetitio, si secuta est causa. Darauf werden denn alle die nachfolgenden Beyspiele bezogen, *ut si manumittas* etc. wo in dem Falle, da die Bedingung nicht erfüllt worden ist, nur das Gegebene

86) Cit. loc. Tom. I. *Oper.* pag. 218. in fin.

87) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

88) Thes. controversar. Dec. LXXXXVI. Th. 3.

89) Cit. Commentar. ad L. 5. h. t. Cap. 6. pag 1467. sqq.

90) Cit. Commentat. de septem damnatis Legib. Pandectar. §. 4.

zurückgefordert werden kann. Cujaz[91]), Borcholten[92]) und Forcatulus[93]) haben dieser Leseart und Erklärung der Glosse darum ihren Beyfall nicht versagen zu können geglaubt, weil sonst Scävola mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde. Denn die Beyspiele, welche er in der Folge von dem Fischer, ferner von dem Wettkämpfer oder Athleten anführt, wären ja gerade solche, quae aleae non prohibitae speciem habeant[94]). Es könne daher gar nicht anders heißen, als *in aliam speciem* d. i. in alium contractum, diversum a mutuo, unde *condictiones* sc. ob rem dati, nascuntur. Zur Bestärkung dieser Erklärung und Leseart werden auch verschiedene Stellen aus den Pandecten[95]) angeführt, woraus erhellen soll, daß die Redensart *in aliam speciem cadere* nicht ungewöhnlich sey. Allein aller dieser Gründe ungeachtet, wird man der florentinischen Leseart ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn man erwägt, daß eine solche Ausnahme, als in dem eigentlichen Sinn der Worte liegt, darum nöthig zu seyn schien, um dadurch anzudeuten, das foenus quasi nauticum dürfe kein verbotenes Geschäft zum Gegenstande haben. Das Wort alea bedeutet allerdings auch soviel als Risico, Gefahr, Ungewißheit

91) Recitat. ad L. 5. h. t.

92) Tr. de nautico foen. Cap. 3.

93)) Tr. de mora. P. II. nr. 22.

94) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. D. de heredit. vend.*

95) *L. 17. D. de Usu et usufr. leg. L. 7. §. 1. D. de supellect. legata.*

eines Erfolgs, und es ist nicht zu läugnen, daß die von Scävola angeführten Beyspiele von der Art sind, daß sie in dieser Bedeutung eine alea enthalten. Allein offenbar hat Scävola das Wort alea in dieser Bedeutung nicht genommen, sondern unterscheidet davon periculum, und so fällt der vermeinte Widerspruch hinweg. Es ist auch nun gar nicht nöthig, mit Saumaise die Negation wegzustreichen [96]), wie die folgenden Worte: *veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent*, noch näher zu erkennen geben. Denn aus einem verbotenen Spiele entstehen keine Klagen [97]). Der Sinn dieser Worte geht also dahin: in quam sc. aleae speciem veluti ea non cadunt negotia, ex quibus *condictiones* nascuntur. Diese *condictiones* sind aber, wie Voet [98]) ganz richtig sagt, nichts anders, als actiones in personam, efficaces ad persequenda ea, quae convenerunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in aleae vetitae speciem cadit. Zwar meint Voet, man könne diese Worte auch füglich auf die alea vetita beziehen, und so verstehen, daß aus dergleichen verbotenen Geschäften das Verlohrne zurückgefordert werden könne, und daß also *condictiones* hier soviel, als repetitiones amissorum, anzeigen sollen; allein dann würden die angeführten Beyspiele: *ut si manumittas* etc. dazu wohl nicht recht passen. Noch einiger Erläuterung bedürfen

96) Wie konnte *Fr.* Stypmann in iure maritimo P. IV. Cap. 2. nr. 211. einer eben so violenten, als unnöthigen Critic Beyfall geben?

97) *L. ult.* §. 1. *D. Quarum rerum actio non dat. L.* 19. §. *ult. D. de probat.*

98) *Comm. ad Pand. h. t.* §. 1.

die Worte: *Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut si cepisset, redderet: et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.* Hotomann, welcher nach seiner unzeitigen Emendation: Periculi pretium *non* est, si conditione quavis poenali existente, recepturus sis, quod dederis, etc. in der Meinung steht, daß bey Pönal-Conditionen kein pretium periculi Statt finde, glaubt nun hier den Gegensatz zu finden, und substituirt daher folgende Leseart: *At nec dubitabis, si piscatori erogaro* (welches hier soviel, als credidero heißen soll) *in apparatum,* (die Worte plurimum pecuniae dederim sollen ein Glossen, und daher wegzustreichen seyn, *ut, si cepisset, redderet., et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet, in his omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodesse.* Allein daß durch diese Leseart der ganze Sinn dieses Fragments entstellt werde, hat schon Zinzerling[99]) gezeigt. Die Partikel nec hat hier offenbar nicht nur die Bedeutung einer Negation, sondern auch einer Verbindung mit dem Vorhergehenden, und es leuchtet in die Augen, daß Scävola hier keinen entgegengesetzten Satz habe vortragen wollen. Die Beyspiele selbst anlangend, so ist zur Erläuterung des erstern zu bemerken, daß der Apparat zum Fischfang bey den Römern einen nicht geringen Kostenaufwand erforderte, besonders wenn von dem Fange grösserer Fische, z. B. das Thynnus, Sylurus, Esos, und Attilus die Rede ist, deren Plinius[100]) gedenkt, wo zuweilen mehrere Joche Ochsen

99) Cit. Commentat. Cap. 9.

100) Histor. natur. Lib. IX cap. 15.

zusammengespannt werden mußten, um solche Fische, welche man mit Hamen von Ketten zu fangen pflegte, aus dem Wasser zu ziehen. Zur Erläuterung des letztern Beyspiels hingegen bemerke ich, daß die Wettkämpfer sowohl durch eine Art von Kost [1]), welche dem Körper vorzügliche Kraft und Stärke gab, und *victus athleticus* [2]), *lex pulveris et cibi* [3]) genennt wurde, als durch Uebungen, die sie vorher anzustellen pflegten, zum Wettkampfe vorbereitet wurden, wie Zinzerling [4]) aus Stellen des Quinctilian [5]) Seneca [6]) und Tertullian [7]) erwiesen hat [8]). Da in allen diesen Fällen der Ausgang ungewiß war, so erlaubte man dem Gläubiger, welcher das Geld zu dem erforderlichen Aufwande vorschoß, für die Gefahr, die er übernahm, es zu verlieren, sich eine Belohnung auszubedingen, und das blosse Pactum ohne Stipulation war dazu hinreichend,

1) Dieses wird durch das Wort *exhibere* angedeutet, welches also hier soviel, als alere heißt. S. BRISSONIUS de Verbor. iur. Significat. voc. *Exhibere* nr. 5.

2) CELSUS Lib. IV. *Si malum inveteravit, athletico victu corpus firmandum est.*

3) CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 28. beruft sich auf den Terentianus Maurus. ARISTOTELES in Politic. nennt diese Kost ἀναγκοφαγία. Das Brod, was die Athleten genossen, hieß Coliphium. JUVENALIS *Satyr. II. v.* 53.

4) Cit. Commentat. Cap. 10. pag. 1478. sqq.

5) *Institut. Orator.* Lib. XII. cap. 10.

6) *De providentia.* Cap. 2.

7) *Lib. de Matyrib.*

8) BUDAEUS Adnotation. ad Pand. ad L. 4. D. de his, qui notant. infam. fol. 96 et 97.

wie die letzteren Worte unserer Gesetzstelle beweisen: In his autem omnibus et *pactum sine stipulatione* ad augendam obligationem prodest. Zinzerling[9]) meint zwar, es sey hier von keinem besondern Rechte die Rede. Denn das pactum, wovon hier Scävola rede, sey nicht das sogenannte nudum pactum, sondern das Geschäft, wobey sich der Gläubiger nach unserm Gesetz ein pretium periculi ausbedingen könne, sey ein contractus innominatus, der durch die Dation seine Entstehung erhalten habe; pactum werde also hier, als ein für sich bestehender Contract, der Stipulation, als dem Bestärkungsmittel desselben, entgegengesetzt. Allein man halte das hier zum Grunde liegende Geschäft für ein Darlehn, oder für einen ungenannten Contract, so ist das daraus entspringende Rechtsverhältniß eine obligatio ex re, und diese geht an sich auf nichts weiter, als auf das, was der Schuldner empfangen hat. Ultra hoc, quod accepit, *re obligari* neminem posse, constat, sagt *L. 9. Cod. de non num. pecun.* Soll also mehr wiedergegeben werden, so muß dieses durch eine neue obligatio begründet seyn. Dazu ward nun sonst eine Stipulation erfordert[10]); hier aber genügte das bloße pactum. Der Grund dieser Ausnahme liegt also allerdings in der Uebernehmung der Gefahr das Geld zu verlieren. Denn ohne das periculum creditoris wäre die trajectitia pecunia kein foenus nauticum, und der Gläubiger dürfte auch nicht mehr, als die gewöhnlichen Zinsen nehmen, wie Papinian sagt *L. 4. pr. D. h. t.* Nihil interest, trajectitia pecunia *sine peri-*

9) Cit. Commentat. Cap. 11.

10) *L. 24. D. de praescript. verb. L. 7. Cod. de Usuris.*

culo creditoris accepta sit, an post diem praestitutum, et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit: *utrobique igitur maius legitima usura foenus non debebitur.* Sed in priore quidem specie semper: in altera vero, discusso periculo: nec pignora. vel hypothecae, titulo majoris usurae tenebuntur. Die von den Römern aufgenommenen See-Gesetze der Rhodier scheinen zwar Contracte über die trajectitia pecunia nicht als gültig anzuerkennen, wenn der Gläubiger nicht die Gefahr übernommen hat. Saumaise (Salmasius)[11]) hat die Worte der Lex Rhodia auf folgende Art hergestellt:

Τὰ ἐν τῇ θαλάσσῃ δεδανεισμένα ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα μὴ γραφέτωσαν, εἰ δὲ καὶ ἐπιγραφθῶσιν, ἄκυρα ἔστω. τὰ δὲ ἐν ἀγροῖς ἢ ἐν πόλεσι δανειζόμενα ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα ἐπιγραφέτωσαν. i. e. *Quae in mari foenerata sunt, tuta et sine periculo futura creditori non scribantur, si vero et scribantur, irrita sunto. Quae vero in agris aut urbibus mutua dabuntur, secura et ab omni periculo vacua conscribi ac repromitti liceto.*

Indessen war wohl nur die Meinung dieses Gesetzes, daß der Contract dann nicht gelten sollte, wenn sich der Gläubiger von der trajectitia pecunia usurae nauticae versprechen ließ, ohne gleichwohl die Gefahr des Verlusts zu übernehmen. Dem sey nun aber, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach dem Röm. Recht auch Geld über See geliehen werden kann, ohne daß der Gläubiger die Gefahr nothwendig übernehmen

11) De modo Usurarum. Cap. 3. p. 79. et Cap. 5. pag. 199.

muß, wenn er nur alsdann nicht mehr als gemeine Zinsen sich versprechen läßt, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L. 2. *Cod. h. t.* Cum dicas te pecuniam ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maritis metui solet, ad te pertinuisse profitearis, non est dubium, pecuniae creditae ultra licitum modum te usuras exigere non posse.

§. 1140.

Für welche Gefahr steht der Gläubiger? Von welcher Zeit an, und wie lange trägt der Gläubiger die Gefahr? Welche Zinsen-Grenze findet hier Statt?

Das Wesen des nauticum foenus besteht also darin, daß Geld oder Waaren auf Gefahr des Gläubigers über See verschifft werden, so daß wenn solches an dem bestimmten Ort, oder zur bestimmten Zeit glücklich anlandet, der Gläubiger das Capital mit den auf solchen Fall bedungenen höhern Zinsen wiedererhält, in dem entgegengesetzten Falle aber beydes verliert. Es setzt also immer einen besondern Vertrag voraus, wodurch der Gläubiger die Gefahr übernommen hat. Denn im Zweifel wird nicht vermuthet, daß das Geld oder die Waaren auf Gefahr des Gläubigers ins Schiff gegeben worden sind. Die Kaiser Diocletian und Maximian haben dieses in der *L.* 4. *Cod. h. t.* sehr bestimmt ausgesprochen, wenn sie an den Eucharistus auf folgende rescribiren:

Trajectitiae quidem pecuniae, quae *periculo creditoris* mutuo datur, casus, antequam ad desti-

natum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet. *Sine huiusmodi vero conventione, infortunio naufragii debitor non liberabitur.*

Um nun aber näher zu bestimmen, welche Gefahr eigentlich der Gläubiger zu tragen hat, so ist zu unterscheiden, zwischen der Gefahr des Schiffsuntergangs und der des dargeliehenen Capitalverlusts. Nur die letztere übernimmt der Gläubiger, nicht die erstere. Denn die Gesetze sagen ausdrücklich, *trajectitiae pecuniae* periculum, antequam ad destinatum locum navis perveniat, creditoris esse [12]). Zwar reden auch die Gesetze, von der *nave amissa* seu *perempta*, qua, *ceu non existente conditione*, ipsius crediti obligatio defecisse videtur [13]); hingegen *salva nave* sortem cum usuris recipere creditorem [14]). Allein dieß ist von dem gewöhnlichen Falle zu verstehen, wo mit dem Untergange des Schiffs gewöhnlich alles verloren ist. Sollte aber, des erlittenen Schiffbruchs ungeachtet, dennoch das ins Schiff gegebene Capital gerettet worden seyn, so ist der Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frey. Dahingegen kann aber auch das Schiff immerhin glücklich an den bestimmten Ort anlanden, und der Schuldner ist dennoch frey, wenn das Schiff auf der Seereise von Seeräubern ausgeplündert worden ist. Denn der Gläubiger, der die Gefahr der trajectitia pecunia übernimmt, trägt jeden Unglücksfall, er sey durch einen Seesturm, wodurch das Schiff scheiterte, oder durch Gewalt der Seeräuber oder der Feinde, oder durch ei-

12) *L.* 1. *L.* 4. *Cod. h. t.*

13) *L.* 6. *D. eodem.*

14) *L.* 7. *D. h. t.*

nen Seewurf zur Rettung des Schiffs entstanden, wenn nur dem Schuldner dabey keine Culpa zur Last fällt, und nicht etwa blos eine bestimmte Art der Gefahr wäre ausbedungen worden, für welche der Gläubiger nur allein zu stehen sich verpflichtet hätte.

Merkwürdig ist folgende Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 3. *Cod. h. t.* Cum proponas te nauticum foenus ea conditione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata, foenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii duntaxat, quod in Africam destinabatur, periculum susciperes; perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, quae navis continebat, fiscum occupasse; amissarum mercium detrimentum, quod non *ex marinae tempestatis discrimine*, sed ex praecipiti avaritia, et incivili debitoris audacia, accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non permittit.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, von welcher Zeit an, und wie lange der Gläubiger die Gefahr trage? so kommt hier zunächst alles auf die unter den Interessenten getroffene Uebereinkunft an. So wie also die Gefahr auf Seiten des Gläubigers von dem Augenblick an ihren Anfang nimmt, da das Schiff nach der Uebereinkunft der Partheyen absegelt, wie Modestin lehrt, wenn er *L.* 3. *D. h. t.* sagt: In nautica pecunia ex ea die periculum spectat creditorem, *ex quo navem navigare conveniat* [15]; so kommt es in

15) S. Stypmann c. l. nr. 98. pag. 184.

Absicht auf die Dauer der Gefahr auf folgende Fälle an. Der Gläubiger hat die Gefahr entweder für die Dauer der ganzen Seereise, oder nur für eine bestimmte Zeit übernommen, so daß wenn nach Ablauf dieser Zeit das Schiff untergeht, nicht mehr der Gläubiger, sondern der Schuldner die Gefahr trägt; oder dem Gläubiger soll anders kein Forderungsrecht zustehen, als wenn das Schiff binnen der bestimmten Zeit an dem bestimmten Orte ankommen würde.

In dem ersten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob der Gläubiger blos die Gefahr für die Reise an den bestimmten Ort, wohin das Geld oder die ins Schiff gegebenen Waaren, nach der Absicht des Schuldners, gebracht werden sollten, oder ob er die Gefahr der ganzen Hin- und Herreise übernommen hat, so daß der Gläubiger seinen Anspruch verliert, wenn das Schiff nicht glücklich an den Ort zurückkommt, wo es abgesegelt ist [16]). Von dem ersten Falle enthielt die oben angegebene *L.* 3. *C. h. t.* ein Beyspiel, wo der Gläubiger blos die Gefahr der Seereise aus dem Hafen von Salons in Dalmatien [17]), wo das Schiff abgesegelt war; bis nach Africa übernahm, als wohin der Schuldner das Geld zu verschiffen versichert hatte, obwohl derselbe nachher mit dem Schiff dahin nicht gesegelt war, sondern verbotene Waaren eingekauft, und dadurch verursacht hatte, daß

16) Die Griechen nannten in dem ersten Falle das nauticum foenus τόκον ἑτερόπλουν, in dem ersten Fall τόκον ἀμποτερόπλϋν. und eine solche Seereise, wo das Schiff wieder in den Hafen zurückkommt, von welchem es ausgelaufen ist, nennt die Lex Rhodia κατάπλϋν. S. SALMASIUS de modo Usurarum. Cap. 9. pag. 356.

17) S. *Dion.* GOTHOFREDI not. ad L. 3. C. h. t.

das Schiff mit den Waaren war confiscirt worden. Dieser Verlust konnte dem Gläubiger nicht zum Nachtheil gereichen, da ihn der Schuldner selbst verursacht hatte. Er konnte also das nauticum foenus mit Recht fordern eben so, als ob das Schiff glücklich an der Küste von Africa angelandet wäre. Denn sobald das Schiff in den bestimmten Hafen eingelaufen ist, hört die Gefahr von Seiten des Gläubigers auf, und folglich hören auch nun die usurae maritimae auf, und der Gläubiger kann von der Zeit an nur gemeine Zinsen fordern [18]). Ein Beyspiel von dem letztern Falle hingegen enthält die *L. 122. §. 1. D. de Verb. obligat.* welche aus Scävola's *libro XXVIII. Digestorum* entlehnt, in der florentinischen Ausgabe der Pandecten folgendermassen lautet.

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho, servo Seji, in provincia Suria civitate Beruto usque Brentesium, idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beruto comparatis, et Brentesium perferendis, et quas Brentesio empturus esset, et per navem Beruto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem missis, ipse in Suriam per navigium proficiscatur, aut si intra diem suprascriptam non reparasset merces, nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam, quasi perfecto navigio, et praestaret sum-

18) *L. 4. pr. D. et L. 1. Cod. h. t.*

ptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus: et cum ante idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi, quasi in provinciam Suriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces (debito) perferendas in navem misisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet: an nihil prosit Herotis consensus, qui qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia suprascripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret: et nihilominus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur: Respondit, secundum ea, quae proponerentur, teneri. Item quaero, si Callimacho post diem suprascriptam navigante Heros suprascriptus servus consenserit: an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit? Respondit, non potuisse: sed fore exceptioni locum: si servo arbitrium datum esset, eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi.

Es ist dieß eine der schwierigsten Stellen in den Pandecten, in welcher man auf mehrere Widersprüche stößt, die sich ohne Abnöthigung einer Emendation durchaus nicht heben lassen. Die größten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit [19]) haben daher bey der Erklärung

19) *Andr.* ALCIATUS Parergor. Lib. X. cap. 19. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 11. *Jo.* ROBERTUS

dieser Stelle versucht, was Scharfsinn und Critik vermag. Der Fall, den Scävola hier entscheidet, ist folgender. Callimachus hatte von dem Sclaven des Sejus zu Beryt in Syrien Gelder aufgenommen, wofür dem Gläubiger die Waaren verpfändet wurden, die der Schuldner zu Beryt dafür gekauft hatte, und welche nach Brundusium verschifft werden sollten, nicht minder diejenigen Waaren, welche er dagegen zu Brundusium einkaufen, und zu Schiffe nach Beryt zurückbringen würde [20]). Der Gläubiger hatte die Gefahr der ganzen Seereise bis zur Zurückkunft des Schiffs übernommen, es war aber dabey ausdrücklich verabredet worden, daß das Schiff noch ante Idus Septembres von Brundusium absegeln sollte. Daß es hingegen auch noch ante Idus Septembres zu Beryt wieder ankommen müsse, wie Cujaz dafür hält, sagt Scävola nicht. Richtiger hingegen ist die Bemerkung, daß die Zeit der Rückreise von

Receptar. Lection. Lib. I. cap. 1. *Hug.* DONELLUS Comm. ad Tit. Dig. de Verbor. obligat. ad L. 122. §. 1. h. t. pag. 360. sq. *Franc.* DUARENUS Commentar. in eundem Tit. et Leg. *Oper.* pag. 774 sq. *Hub.* GIPHANIUS Lectur. Altorphin. ad L. 122. §. 1. D de Verb. Oblig. pag. 962. sqq. *Claud.* SALMASIUS de modo Usurar. Cap. IX. pag. 359. sqq. *Pet.* DUIRSEMA Conjecturalium iur. civ. Lib. II. cap. 1. *Franc.* STYPMANN jur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 49. sqq. pag. 381. *Jo. Gotfr.* SAMMET Receptar. Lection. ad *Jauchium* Disputat. III. Cap. 34. *Opuscul.* p. 183. und *Guil. a* TEISTERBANT Observation. et Emendat. libr. un. *Brunovici* 1806. Cap. 2.

20) Dergleichen Hypothekbestellungen zur Sicherheit der Seeanleben waren nicht ungewöhnlich, wie aus *L.* 4. und *L.* 6. *D. h. t.* erhellet.

Brundusium darum so genau bestimmt wurde, weil späterhin die Schiffarth wegen der dann wüthenden Seestürme unsicher, und die Gefahr des Schiffbruchs größer war [21]). Auf den Fall nun, da Callimachus nicht zur bestimmten Zeit mit den eingekauften neuen Waaren von Brundusium absegeln würde, ward festgesetzt, daß die Seereise alsdann, in Rücksicht der von dem Gläubiger übernommenen Gefahr, für vollendet gehalten, und das Anlehn nebst den bedungenen Zinsen sofort den auf diesen Fall zugleich mitgeschickten Sklaven des Gläubigers wiederbezahlt, und von demselben auf des Schuldners Kosten nach Rom gebracht werden sollte. Ausserdem sollte nach dem Vertrage das Geld eigentlich erst dann wiederbezahlt werden, wenn das Schiff von Brundusium glücklich nach Beryt zurürückgekommen seyn würde. Denn bis dahin hatte der Gläubiger die Gefahr übernommen.

21) Eine treffende Stelle aus VEGETIUS de re militari Lib. V. Cap. 9. kann hier zur Erläuterung dienen. Phaenitae decursu, id est, post ortum Plejadum a die sexto Kalendarum juniarum, usque ad Arcturi ortum, id est in diem octavum decimum Kalendarum Octobrium, ut secura navigatio creditur, quae aestatis beneficio ventorum acerbitas mitigatur: ita post hoc tempus usque in tertium Idus Novembris incerta navigatio est, et discrimini proprior: propterea quia post idus Septembres oritur Arcturus vehementissimum sidus, et octavo Kalendas Octobris aequinoctialis evenit acerba tempestas. Circa Nonas vero Octobris Hoedi pluviales, quinto Idus eiusdem Taurus. A Novembri autem mense crebris tempestatibus navigia conturbat Vergiliarum hyemalis occasus. Ex die igitur tertio Iduum Novembris usque in diem sextum Iduum Martiarum maria clauduntur.

Dieß ist der Sinn der Worte: *idque creditum esse in omnes navigii dies.* Allein wie reimt sich nun dazu das hinzugefügte ducentos? Waren überhaupt zweyhundert Tage zur ganzen Seefarth bestimmt, was bedurfte es denn der besondern Bestimmung, daß das Schiff noch vor den Idus Septembres von Brundusium absegeln müsse, genug wenn es innerhalb der bestimmten Zeit von zweyhundert Tagen, welche einen Zeitraum von sieben Monaten betragen, zu Beryt wieder anlandete [22]). Man hält daher das *ducentos* nicht ohne Grund für eine falsche Leseart, wofür Salmasius ducendum, Teisterbant aber trajectus lesen will. Ersteres bezieht sich denn auf creditum, und letzteres auf navigii. Der erstern Emendation würde ich den Vorzug vor der letztern um so mehr einräumen, als es nicht nur weit wahrscheinlicher ist, daß aus ducendum *ducentos*, als, daß es aus trajectus entstanden seyn sollte; sondern auch das Wort ducere sich sehr gut mit creditum verträgt, wie Saumaise aus mehreren Stellen des Cicero [23]) bewiesen hat. Nach dieser Emendation, welcher auch Kürike beypflichtet, wäre also der Sinn der Worte der, daß das Kapital nebst den bedungenen Zinsen erst nach vol-

22) Wollte man annehmen, es wären hier unter omnes navigii dies ducentos, alle Tage berechnet, wo nach Vegetius die Schiffahrt zur See beginnt, und das Meer geschlossen ist, so würden nicht 200, sondern 246 Tage herauskommen, wie SALMASIUS c. l. pag. 361. berechnet hat.

23) CICERO *ad Atticum Lib. V. Ep. ult.* et *Lib. VI. Ep.* 1.

lendeter Seefahrt wieder bezahlt werden sollte, weil der Gläubiger die Gefahr übernommen, so lange das Schiff auf der See seyn wird. Callimachus lief nun zwar glücklich mit seinem Schiffe in den Hafen zu Brundusium ein, er hatte aber doch im Uebrigen die Bedingungen des Vertrags nicht erfüllt. Das Schiff ging daher auf der Rückreise unter, und nun fragte sich's, ob Callimachus ex stipulatu belangt werden könne, das Geld wieder zu bezahlen? Nach den Worten: *et cum ante Idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi, quasi in provinciam Suriam perventurus, enavigavit*, ist nun aber gar nicht einzusehen, in wiefern Callimachus dem Vertrage zuwidergehandelt haben sollte. Um dieser Schwierigkeit abzuhelfen, glaubt Alciat müsse statt cum ante idus suprascriptas, verneinend cum *non* ante idus suprascriptas gelesen werden. Diese Emendation haben auch Saumaise, und Teisterbant zu der ihrigen gemacht. Hugo Donellus weicht blos darin ab, daß er statt et *cum* ante Idus lieber et *non* ante Idus gelesen wissen will. Allein Cujaz, Duirsema, Duaren, und Robert wollen nicht für die Negation stimmen. Cujaz, dem hierin auch Duirsema Beyfall giebt, stellt sich den Fall so vor, Callimachus sey zwar *ante Idus* von Brundusium mit den eingekauften Waaren abgesegelt, aber doch zu spät, um noch mit den Idus nach Beryt zu kommen. Dieß soll auch der Entscheidungsgrund bestärken: *cum secundum cautionem Callimachus merces (debito) perferendas in navem misisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet;* id est, cum prope instarent Idus Septembres; man müsse nur statt *misis-*

set durch Gemination *misisset: set* [24]) d. i. sed eo tempore u. s. w. lesen. Duirsema schlägt indessen noch ein anderes Mittel vor, dem Scävola zu helfen, nämlich daß man durch eine neue Interpunction folgendermassen lese: *cum secundum cautionem Callimachus merces Beruto* (denn so müsse statt *debito* gelesen werden) *perferendas, in navem misisset eo tempore* etc. so, daß der Sinn sey, Callimachus habe die Waaren, welche er nach Beryt zu schiffen versprochen hatte, zu einer solchen Zeit auf das Schiff gebracht, wo bald darauf das Geld zu Brundusium habe wiederbezahlt werden sollen. Diese Interpunction finde sich auch schon bey Haloander; sollte indessen auch diese Emendation nicht gefallen, so giebt Duirsema noch ein drittes Mittel an die Hand; man könnte nämlich durch eine Versetzung der Worte auf folgende Art helfen: *Cum Callimachus merces, secundum cautionem Beryto perferendas, misisset eo tempore* etc. Auf diese Art sey alle Schwierigkeit gehoben, denn nun sey nicht zu bezweifeln, Scävola habe mit Recht ausgesprochen, daß Callimachus es darin versehen habe, daß er die Waaren zu spät auf das Schiff gebracht, da er nun nicht mehr zur bestimmten Zeit in Syrien habe ankommen können. Allein alle diese Versuche des Cujaz und Duirsema sind vergeblich, weil ja nirgends davon die Rede ist, daß das Schiff ante Idus

24) Daß *set* für *sed*, besonders bey Geminationen, in der Florentinischen Ausgabe der Pandecten gar nicht ungewöhnlich sey, hat schon *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 18. pag. 150. bemerkt. Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de auro, argento leg.* und *L.* 44. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.*

Septembres wieder zu Beryt ankommen, sondern nur daß es von Brundusium absegeln sollte. Noch weniger Beyfall verdient Duarens Emendation, welcher für *misisset* eo tempore, quo iam pecuniam reddere deberet, gelesen wissen will misisset, *mansisset* autem eo tempore etc. Nach dieser Emendation soll also der Sinn dahin gehen: Callimachus habe zwar die zu Brundus eingekauften Waaren noch vor den Idus des Septembers auf das Schiff gebracht, aber er habe sich noch solange auf dem Schiffe verweilet, bis die Zeit erschienen war, da das Geld hat wiederbezahlt werden sollen. Nun bemerkt zwar Charondas in seiner Handschrift stehe mansisset, und auch zu Pisa werde so gelesen: *in navem misisset, mansisset autem eo tempore;* und Jauch[25]), welcher Anfangs der Emendation Alciat's Beyfall gegeben hatte, wurde durch diese Bemerkung des Charron bewogen, sie aufzugeben. Er behauptet nämlich, die Worte *mansisset autem,* welche schlechterdings nothwendig wären, seyen nur durch Nachlässigkeit des Abschreibers weggelassen worden. Allein, wenn man auch die Bemerkung des Charondas mit Sammet nicht geradezu für eine Lüge ausgeben wollte, so würden doch immer der Emendation des Duaren die Worte entgegenstehen: *ante Idus suprascriptas* secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi, *quasi in provinciam Suriam perventurus, enavigavit,* wie sich noch deutlicher in der Folge zeigen wird. Robert glaubt daher, die ganze Schwierigkeit liege in dem Worte *enavigavit.* Dieß

25) Meditat. critic. de Negationibus Pand. Florent. Cap. XVI. pag. 275. sq.

heiße aber hier nicht soviel, als Callimachus sey von Brundusium nach Beryt abgeschifft, sondern er habe, statt nach Beryt zu steuern, einen ganz andern Weg genommen, und darin beruhe sein Versehen. Nun scheint zwar die Partikel quasi diese Erklärung zu begünstigen; allein das Wort *enavigare* kommt ja auch schon vorher in den Worten des Vertrags selbst vor, *nec enavigasset de ea civitate*, wie Taurellius lieset, und heißt nichts anders, als per navigium proficisci, wie dieser Ausdruck ebenfalls in den vorhergehenden Worten gebraucht worden ist, oder navem solvere, absegeln; in einer andern Bedeutung kommt das Wort *enavigare* nicht vor. Den kürzesten Weg, sich aus aller Schwierigkeit zu winden, schlägt Giffen (Giphan) ein. Er hält die ganze Clausel von *et cum ante Idus* an, bis auf das Wort *enavigavit* für einen unächten Zusatz, der nicht vom Scävola herrühre. Seine Gründe sind, 1) weil Scävola in seinen Gutachten gleich nach der Geschichtserzählung die Worte: *quaesitum est*, oder *quaero* beyzufügen pflege [26]. 2) Weil diese Clausel mit den folgenden Worten in einem offenbaren Widerspruche stehe, und keine von allen bisherigen Auslegungen denselben zu heben vermöge. 3) Weil, wenn auch eine Vereinigung derselben mit den folgenden Worten möglich wäre, je nachdem man entweder diese oder jene Emendation annimmt, dennoch daraus folgen würde, daß diese ganze Clausel überflüssig sey, da in den folgenden Worten das Nämliche gesagt werde. Allein zur Rechtfertigung einer so violenten Crisis sind diese Gründe viel zu unbedeutend. Da indeß

26) Man sehe z. B. *L.* 75. *L.* 77. *et seqq. D. ad SCtum Trebell.*

sey diese Clausel doch mit den folgenden Worten: cum secundum cautionem Callimachus merces debito (richtiger Beruto, wie auch Charron bemerkt hat) perferendas in navem misisset eo tempore, *quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet*, in offenbarem Widerspruche steht, indem ja diese Zahlung nach den vorhergegangenen Worten des Vertrags nur dann geschehen sollte, *si intra Idus Septembres non reparasset merces, nec enavigasset de Brentesio*, mithin ganz offenbar hieraus erscheint, daß das Absegeln des Schiffs von Brundusium nicht ante hos Idus erfolgt sey; so ist gewiß Alciats oder Doneaus Emendation allen andern vorzuziehen. Man wendet zwar ein, es sey zweifelhaft, ob die Worte cum *ante Idus suprascriptas* auf *enavigavit* gehen, sie könnten auch eben so gut auf die unmittelbar nachfolgenden Worte *secundum conventionem mercibus in navem impositis* bezogen werden, so daß hier die Zeit der Abfarth unbestimmt geblieben sey. Dieses letztere sey darum wahrscheinlicher, weil die nachfolgenden Worte: cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in navem misisset, wenn man mit Cujaz lieset, *sed eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet*, deutlich anzeigten, daß die Waaren zwar, dem Vertrage zu Folge, noch ante Idus Septembres wären auf das Schiff gebracht worden, aber doch zu spät, um noch ante Idus absegeln zu können. Allein da es nach dem Vertrage nicht blos darauf ankam, daß das Befrachten des Schiffs vor den Idus des Septembers geschahe, sondern daß auch das Schiff intra hos Idus absegeln sollte; so ist es, zur Deutlichkeit und Vollständigkeit der Ge-

schichtserzählung, gewiß weit natürlicher, die Worte *et cum ante Idus — enavigavit*, durch Einschaltung der Negationspartikel, so zu nehmen, daß das Schiff nicht ante Idus abgesegelt sey, wie es nach den Worten des Vertrags hätte geschehen sollen, zumal da die folgenden Worte klar besagen, daß nicht einmal das Einpacken der Waaren intra Idus geschehen war, sondern zu einer Zeit, wo, dieser Contravention wegen, schon der Verfalltag der Zahlung eingetreten war. Die Worte der zweyten Frage: Item quaero, *si Callimacho post diem suprascriptam navigante*, beweisen aber noch deutlicher, daß die Worte *et cum ante Idus — enavigavit*, durchaus nicht anders, als verneinend, nämlich daß das Schiff nicht intra Idus Septembres von Brundusium wieder nach Beryt abgesegelt sey, verstanden werden können, wenn die Geschichtserzählung vollständig seyn, und einen vernünftigen Sinn haben soll. Hiermit ist zugleich dem Einwande begegnet, daß es doch ein zu hartes und gewagtes Mittel der Critic sey, durch Einschaltung der Partikel *non* einer Schwierigkeit bey der Auslegung abzuhelfen. Denn mag es auch Wilhelm Best [27])

27) Ratio emendandi Leges. Cap. I. §. 15. pag. 60. Dennoch führt Best selbst Cap. XII. §. 11. pag. 202. ein Beyspiel aus *L.* 156. §. 2. *D. de div. Reg. iur.* an, wo statt der florentinischen Leseart: quod adversus eum nocuit, schlechterdings *non* nocuit gelesen werden muß. *Best* will zwar, um diese Negation zu umgehen, statt non est aequum durch Gemination *nonne* est aequum lesen, und nach successit ein Fragezeichen setzen; allein daß *non* nocuit gelesen werden müsse, lehrt ja die *L.* 3. §. 2. *in fin. D. de itinere actuque priv.* unwidersprechlich. S. *Jo. Lud.* Conradi Observation. iuris

immerhin remedium omnium pessimum et diris execrandum nennen, so ist doch hier nicht leicht ein anderer Ausweg zu finden, den augenscheinlichen Widerspruch in dem Gesetz zu heben. In einem solchen Falle läßt sich diese Art der Emendation nach den allgemeinen Regeln der Critic sehr wohl rechtfertigen [28]). Es ist auch, wie Teisterbant bemerkt hat, beynahe zu glauben, daß die Negation eher mit Fleiß, als aus Unbedachtsamkeit sey weggelassen worden. Denn wie leicht konnten nicht die Worte: *secundum conventionem* täuschen, und die Ueberzeugung erwecken, eine Abreise post Idus Septembres könne damit nicht bestehen? Eben diese Worte sind auch wirklich ein Hauptgrund, warum mehrere obenangeführte, ältere und neuere Rechtsgelehrten, dem Alciat beyzustimmen, Bedenken gefunden haben. Allein nicht zu gedenken, daß diese Worte, so wie sie lauten, keinen andern Sinn haben können, als den, wie es dem Vertrage gemäß hätte geschehen sollen, so

civ. Vol. I. (*Marb.* 1782.) in Corrigend. et Addend. Sollte ja durch Gemination das non wiederherzustellen seyn, so würde ich eher der Muthmasung des *Jac.* Gothofredus in Comment. in Tit. Pand. de div. Reg. iur. ad L. 156. §. 2. pag. 640. beypflichten, nach welcher in den florent. Pandecten das *nocuit* so geschrieben seyn soll: Nŏcuit, obwohl freylich Taurellius diese Gemination nicht angezeigt hat. Die Negation selbst bestärken auch die Basiliken Tom. I. pag. 82. S. Jauchius Medit. crit. de Negationibus in Pand. florentin. Cap. XVI. §. 47. p. 291. und Jensius ad Rom. iur. Pand. et Cod. Strictur. pag. 522.

28) S. von Feuerbach civilistische Versuche 1. Th. Nr. III S. 100. ff.

ist es überhaupt noch erst die Frage, ob die Worte *secundum conventionem* wirklich so gelautet haben. Es heißt ja nachher: cum *secundum cautionem* Callimachus merces Beruto perferendas in navem misisset eo tempore etc. Sollte es nicht vielleicht vorher auch so geheißen haben? Wie leicht sind beym Abschreiben die Worte conventio und cautio zu verwechseln? Und was heißt dann Cautio? Dieses Wort hat bekanntlich mancherley Bedeutungen [29], und es wird darunter überhaupt jede Verfügung über Rechte und Verbindlichkeiten verstanden, sie geschehe durch Gesetz, Testament, oder Uebereinkunft der Partheyen [30]; so wie auch jeder schriftlicher Aufsatz, welcher aus Vorsicht zur Notiz oder zum Beweise einer Sache ist errichtet worden. Was hindert uns also hier unter *Cautio* das Verzeichniß der am Borde verladenen Waaren nebst der Rechnung über deren Werth zu verstehen, wie solches bey Befrachtung der Schiffe gewöhnlich ist, und die Factur, oder *Connoissement*, der Frachtbrief genennt zu werden pflegt? Callimachus hatte also die Bedingungen des Contracts nicht erfüllt, und warum? Er führt zu seiner Entschuldigung an, daß der zur Erhebung des Geldes auf diesen Contraventionsfall von dem Gläubiger mitgeschickte Sklave Heros in das spätere Absegeln des Schiffs von Brundusium eingewilliget habe. Es fragte sich also, konnte dieser Sklave durch seine Einwilligung den Callimachus

29) S. Brissonius de Verb. iur. Significat. voc. *Cautio*. und den 3. Th. dieses Commentars §. 243. S. 428.

30) Z. B. *Privatorum cautione* legum auctoritati non esse refragandum constat. *L.* 15. §. 1. *D. ad Leg. Falcid. L. alt. D. de suis et legitim. heredib.*

berechtigen, die ihm vorgeschriebene Zeit der Abreise von Brundusium zu verschieben, da demselben weiter nichts erlaubt oder anbefohlen war, als daß er das Geld post diem conventionis von dem Schuldner in Empfang nehmen, und nach Rom bringen sollte? oder haftet dem-ohngeachtet Callimachus dem Herrn des Sklaven, für dessen Rechnung er das Geld zu Beryt empfing, für die Wiederbezahlung actione ex stipulatu? Scävola findet unter diesen Umständen kein Bedenken die Frage zu bejahen. Denn wie konnte der Sklave durch seine Einwilligung seinem Herrn die einmal erworbene Klage entziehen [31])? Eine andere Frage, welche Scävola hier noch entscheidet, war die, wenn dem erstern Sklaven, mit welchem Callimachus contrahirt hatte, (er wird hier wieder Heros genannt, es war aber der Sklave Stichus) auf einen gewissen Fall die Erlaubniß wäre ertheilt worden, sich das Geld zu jeder Zeit, und an jedem Orte, wo es ihm gefiele, wiederbezahlen zu lassen, und dieser die verspätete Abfarth des Schuldners aus Brundusium genehmiget hätte, ob nicht diese Genehmigung dem Schuldner zu statten komme? Nach dem strengen Rechte würde zwar auch in diesem Falle die actio ex stipulatu begründet seyn; allein der Schuldner kann sich dann gegen die Klage des Herrn wenigstens mit einer Einrede schützen. Unbedeutend ist es zwar, wenn in unserm Gesetz der Sklave Stichus, mit welchem Callimachus contrahirt hatte, in der Geschichtserzählung servus *Seji*, in der Stipulations-Formel aber servus *Lucii Titii* genennet wird, da dergleichen Namenverwechselungen bey den Röm. Rechtsgelehrten

31) *L. 3. Cod. de pactis, L. 59. D. eodem.*

nicht ungewöhnlich sind; aber widersprechend würde es seyn, wenn dem Sklaven Heros, dem nach den ausdrücklichen Worten der Geschichtserzählung weiter nichts erlaubt und anbefohlen war, als das Geld post diem conventionis in Empfang zu nehmen, und nach Rom zu bringen, zugleich auch die Erlaubniß wäre ertheilt worden, eam pecuniam quocunque tempore in quemvis locum reddi. Dieser Widerspruch fällt weg, wenn, statt Heros, vielmehr Stichus substituirt wird [32]. Es kann seyn, daß Scävola auch hier die Namen der Sklaven verwechselt habe. Daß aber Stichus wirklich gemeint sey, ist schon aus dem Beysatz suprascriptus servus zu erkennen; denn wozu bedurfte es dieses Beysatzes, da des Sklaven Heros kaum vorher erst gedacht war?

Aus Allem erscheint aber soviel, daß wenn der Gläubiger die Gefahr der ganzen Seereise übernommen hat, derselbe die Gefahr solange trägt, bis das Schiff glücklich wieder in den Hafen zurückkommt, aus welchem es abgesegelt ist; eher kann er auch das Capital nebst den Seezinsen nicht zurückfordern. Der Schuldner muß nur die ihm gesetzte Zeit, da er die Rückreise antreten sollte, pünktlich beobachten; sonst ist die Seereise mit dem Augenblick als vollendet anzusehen, und die Gefahr geht auf den Schuldner über. Ein etwa nachher zwischen dem Schuldner und der Person, welche von dem Gläubiger zur Begleitung mitgegeben war, geschlossener Vertrag kann dem letztern das ihm vermöge des Contracts erworbene Recht nicht wieder entziehen, wofern

32) S. Teisterbant Observation. et Emendat. libro Cap. 2. pag. 25. sqq.

er nicht von ihm genehmiget wird. Es ist nämlich, wie sich auch aus unserm Gesetz ergiebt, noch hierbey zu bemerken, daß es bey der trajectitia pecunia nicht ungewöhnlich war, von Seiten des Gläubigers einen Sklaven oder Freygelassenen mitzuschicken, dessen Bestimmung war, sowohl während der Reise darauf zu sehen, daß kein Betrug von Seiten des Schuldners oder des Schiffsmeisters gespielt werde, als auch nach geendigter Seefahrt, oder nach eingetretener Verfallzeit das Geld vom Schuldner beyzutreiben und in Empfang zu nehmen [33]). Einen solchen Begleiter nannten die Griechen Κερμακολούθος, quasi foenori sequus [34]). Auch von einem solchen Sklaven trug der Gläubiger die Gefahr, weil er jedoch während der Seereise die Dienste desselben entbehrte, welche dagegen dem Schuldner auf dem Schiffe sehr nützlich seyn konnten; so pflegte sich der Gläubiger dafür, wie für das Capital, eine bestimmte Summe zu stipuliren.

Hat der Gläubiger die Gefahr nur für eine bestimmte Zeit übernommen, dieses ist der zweyte oben (S. 172.) angegebene Fall; so hört, wie Papinian in

33) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* *L.* 23. *D. de obligat. et act.* Die *Lex Rhodia* de nautico foenore verordnet: Ὁ δὲ χρήσας τὰ χρήματα, ἐπιπεμπέτω ἄνθρωπον ὅς ἂν ἐπιχρώννυται. Id est, *qui foenore nautico pecunias dedit mutuas, hominem etiam mittat, qui et insuper commodatur, vel mutuo datur.* S. *Jac.* Cujacius Observationum Lib. V. cap. 38. *Claud.* Salmasius de modo Usurar. Cap. 8. pag. 305. sqq. *Ger.* Noodt de foen. et Usur. Lib. II. cap. 7.

34) S. Salmasius c. l. pag. 309. Giphanius Lectur. Alphin. pag. 965. nr. 23. und Hudtwalcker Diss. cit. de foenore nautico Rom. §. 7.

der schon oben vorgekommenen *L.* 4. *pr. D. h. t.* lehrt, die Gefahr auf Seiten des Gläubigers in dem Augenblick auf, da diese Zeit verstrichen ist, wenn gleich das Schiff noch auf der See geht.

Der dritte Fall ist, wenn das Geld auf eine solche Art in das Schiff gegeben worden ist, daß dem Gläubiger nur dann ein Forderungsrecht zustehen soll, wenn das Schiff zur bestimmten Zeit glücklich in den bestimmten Hafen einlaufen wird. Von diesem besondern Falle handelt Paulus *libro XXV. Quaestionum*, woraus die *L.* 6. *D. h. t.* genommen ist, welche folgendermassen lautet:

Foenerator, pecuniam usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum, propriisque foeneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit. Quaesitum est, nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave? an ad ceterarum navium superfluum admitti possit? Respondi, *alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio, non existente condicione, defecisse videtur: et ideo pignorum quoque persecutio perempta est, etiam eorum, quae non sunt amissa: si navis intra praestitutos dies perisset, et con-*

dicionem stipulationis defuisse [35]) *videri: ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri.* Quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit [36])? Scilicet tunc, cum condicio exstiterit obligationis, et alio casu pignus amissum fuerit, vel vilius distractum: vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus exactus fuerit.

In diesem Falle trägt also der Gläubiger die Gefahr, bis das Schiff zur bestimmten Zeit glücklich angekommen ist. Geht es vorher zu Grunde, so ist die Bedingung des Contracts nicht eingetreten, und der Gläubiger hat seine Forderung verloren, so wie denn auch natürlich das ihm wegen derselben gegebene Pfandrecht erloschen ist, wenn auch das Schiff, worauf die zum Pfand verschriebenen Waaren befindlich sind, glücklich gelandet wäre. Wäre hingegen das Schiff mit dem Gelde und Waaren glücklich angekommen, die Waaren wären aber bey der Landung durch einen andern Zufall zu Grunde gegangen, oder die Waaren wurden zu wohlfeile verkauft, so daß der daraus gelöste Werth zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichte, so bleibt dem Gläubiger sein Pfandrecht an den auf einem andern Schiff noch befindlichen, ihm gleichfalls verpfändeten Waaren, eben so, als wenn das Schiff erst nach dem Verfluß der Zeit untergegangen ist, bis auf welche der Gläubiger die Gefahr übernommen hat [37]).

35) Cod. Erlang. hat *defecisse.* Eben so Baudoza.

36) Cod. Erl. lieset *possit.* Haloander u. Baudoza. *poterit.*

37) S. *Jac.* CUJACIUS Commentar. in librum XXV. Quaestion. Pauli ad h. L. (*Operum postum. a Fabroto, editor.* Tom. II. pag. 1216. sqq.)

Die Größe der Seezinsen war vor Justinian gesetzlich nicht bestimmt, sondern blos der Uebereinkunft der Partheyen überlassen [38]. Paulus [39]) sagt in dieser Hinsicht: Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, *infinitas usuras* recipere potest. Hierauf bezieht sich auch, wenn Justinian *L. 26. §. 1. Cod. de Usuris* sagt: In trajectitiis contractibus *veteribus legibus* centesimam excedere fuisse concessum. Allein Justinian beschränkte das nauticum foenus auf das Maximum der usura centesima, es mag nun entweder für die ganze Seereise überhaupt, oder nach einzelnen Zeitabschnitten, monatlich, oder jährlich bedungen worden seyn, es darf in dem einen Falle so wenig, als in dem andern die in dem Gesetz bestimmte Centesima übersteigen. Auch in dem ersten Falle wird das für die ganze Zeit bestimmte nauticum foenus nach soviel Monaten berechnet, als der Gläubiger die Gefahr des Capitals getragen hat, denn das bringt der Sprachgebrauch mit sich, nach welchem Centesima der hundertste Theil vom Capital heißt, der bey den Römern gewöhnlich in jedem Monate bezahlt wurde, bey der trajectitia pecunia aber erst nach geendigter Gefahr mit dem Capital für die ganze Zeit gefordert werden konnte, da der Gläubiger die Gefahr übernommen hatte. Hat also die Seereise nur etwa zwey oder drey Monate gedauert, so darf auch der Gläubiger nur für so viele Monate die Centesima for-

38) *Franc.* DUARENUS Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 3. *Jo.* STRAUCH de centesimis usuris. Cap. 5. pag. 45. *Ger.* NOODT de foen. et usuris. Lib. II. cap. 7. SALMASIUS de modo Usurar. Cap. 9. p. 369.

39) *Receptar Sententiar.* Lib. II. Tit. 14. §. 3.

dern [40]). Dieser Gewinn scheint zwar die Gefahr nicht aufzuwiegen, welche der Gläubiger übernimmt, und man möchte fast sagen, der Gläubiger thue besser, er nehme mit den gemeinen Zinsen vorlieb, als daß er für einen geringen Gewinn den Verlust des Capitals riskirt. Daher baten auch die Kaufleute zu Constantinopel, es bey der alten Gewohnheit zu lassen, nach welcher man sich entweder für jeden Solidus in Gelde, einen Scheffel oder Maaß Getreide, oder wenn dieses nicht gefiel, sich den achten Theil des Capitals überhaupt, ohne Rücksicht auf eine gewisse Zeit, bis das Schiff glücklich an den bestimmten Orte gelandet war, ausbedingen konnte. Justinian, in der Meinung, diese Gewohnheit sey auch den bestehenden Gesetzen nicht zuwider, trug kein Bedenken, diese angebliche Gewohnheit in der Novelle 106. zu bestätigen. Allein gar bald von dem Gegentheile belehrt, hob er diese Novelle, durch ein neueres Gesetz, *Nov.* 110. dergestalt wieder auf, daß sie für nicht geschrieben gehalten, sondern die das foenus nauticum betreffenden Geschäfte nach den von ihm darüber gegebenen Gesetzen beurtheilt und entschieden werden sollten [41]). Die Worte dieser an den Präfectus Prätorio Johannes gerichteten Novelle lauten nach Hombergks Uebersetzung folgendermassen.

40) S. *Hug.* Donellus in Commentar. ad L. 26. §. 1. Cod. de Usur. nr. 2. pag. 243. Strauch cit. Diss. Cap. 5. pag. 46. *Io.* Loccenius de iure maritimo. Cap. 6. §. 5. in Heineccii Scriptor. iuris nautici. pag. 990. sqq.

41) *Jac.* Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. 106 et 110. *Fr.* Balduinus in Iustiniano. Lib. I. pag. 69. *Conr.* Rittershusius Iur. Iustinian. P. III. Cap. 11. nr. 7. et 8. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. XCVI. Th. 2.

Scimus ad relationem Celsitudinis tuae legem nos de trajectitiis pecuniis iam fecisse, quae iudicio tuo insinuata fuit.

Quoniam autem postea, cum interpellati essemus, ne lex illa valeret, mandantes, ut e judicio tuo tolleretur, eam vero in provinciis quibusdam iam insinuatam esse cognovimus: propterea sancimus, *ut lex illa plane cesset*, et si eam in provincias mitti contingat, ibi non valeat, sed invalida sit: atque ita rem illam procedere volumus, *quasi dicta lex nunquam scripta esset, sed secundum leges de illis a nobis iam latas negotia examinentur, et decidantur.*

Es verdient kaum einer Widerlegung, wenn Salmasius[42]) behauptet, Justinian habe durch diese Novelle die centesima bey den Seezinsen aufgehoben, und die ehemalige Freyheit wiederhergestellt, nach welcher es dem Gläubiger erlaubt war, sich für die pecunia trajectitia so viele Zinsen versprechen zu lassen, als der Schuldner bewilligte. Zwar sagt er, Haec certissima sunt et exploratissima; allein die letzten Worte dieser Novelle 110. secundum leges de illis *a nobis* iam latas hätten ihn überzeugen können, wie wenig es Justinians Absicht gewesen sey, die *L. 26. Cod. de Usuris* aufzuheben. Eben so unrichtig ist es, wenn Sal-

42) De modo Usurar. Cap. 9. pag. 377. Ihm stimmt zwar Stypmann iur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 267. bey; allein mit Recht hat schon Strauch cit. Diss. Cap. 5. pag. 45. diese Meinung verworfen.

masius[43]) behauptet, die centesima sey beym nauticum foenus nur überhaupt das Maximum, was man sich ausbedingen könne, ohne daß es auf die Zeit ankomme, wie lange die Seereise daure. Möge sie also in einem oder zwey Monaten vollendet werden, so könne der Gläubiger zwölf Procent fordern, eben so gut, als wenn sie ein ganzes Jahr gedauert hätte. Er könne aber auch nicht mehr, als die centesima, fordern, wenn die Seefarth länger, als ein Jahr, gedauert hätte. At lege *Justiniani*, sagt er, quae modum fixit trajectitiae pecuniae foenori, quocunque vela daturus esset mercator, et *in quantumcunque temporis spatium*, non plus licuit foeneratori ab eo usurarum nomine exigere, quam centesimam *in omne navigationis tempus*. — Nunquam enim, so erklärt er sich darüber noch an einem andern Orte[44]), trajectitiae pecuniae usurae ad instar communium cucurrerunt, ita ut *pro rata temporis*, ut loquuntur, exigerentur. Quod si ita processissent, nemo tunc inventus esset, qui non mallet millies bessibus, aut semissibus pecuniam sine periculo foenerare usuris communibus, quam centesimas stipulari, et longinquae navigationis periculo se obnoxium dedere. Hätte die centesima beym nauticum foenus anders berechnet werden sollen, als bey andern verzinslichen Anlehen, so wäre dieses eine Ausnahme von der Regel, wovon aber das Gesetz nichts enthält. Genau erwogen ging ja die Novelle 106. auf eine solche Gewohnheit, nach welcher das nauticum foenus nicht auf

43) Cit. lib. Cap. 5. pag. 189.

44) Cit. lib. Cap. 9. pag. 378.

die Dauer der Zeit, sondern nur der ganzen Seereise berechnet war; allein Justinian hob sie auf, und verwieß auf seine Gesetze, zum deutlichen Beweis, daß in Rücksicht der Berechnung der Seezinsen keine Ausnahme Statt finden solle. Sie laufen nur in so fern nicht, wie gewöhnliche Zinsen, daß sie nicht in den sonst gewöhnlichen Zeitabschnitten, sondern erst nach geendigter Seereise zugleich mit dem Capital gefordert werden können. Sollte aber dabey kein Unterschied der Zeit Statt gefunden haben, sondern die centesima für die ganze Seereise dieselbe gewesen seyn, die Reise möge einen Monat, oder ein Jahr, oder noch länger gedauert haben; so würde diese Ungleichheit eine Unbilligkeit zur Folge gehabt haben, welche wenigstens für lange Seereisen jeden Gläubiger abgeschreckt haben würde, sein Geld in ein Schiff zu geben.

Uebrigens kannte das Justinianeische Zeitalter keine andere centesima, als diejenige, welche, wie die Novelle 106. lehrt, in der octava pars pro unoquoque solido, das heißt, in zwölf und ein halb Procent bestand, und auch beym Fruchtanlehn, bey welchem die Zinsen auch in Früchten entrichtet werden, wegen des ungewissen Preises derselben, angenommen war, wie aus der *Nov.* 32. *Cap.* 1. und *Nov.* 34. *Cap.* 1. erhellet. Daher sagt Cujaz[45]: Nam ut in pecunia usura *centesima* est, quae in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas, id est, octavam partem solidi, ita in frumento *centesima* est, quae in singulos modios quotannis reddit sextarios duos, id est,

45) Exposit. Novellar. ad Nov. 32.

octavam partem modii. Proinde *usura centesima* est, quae in centenos solidos vel modios quotannis reddit duodenos semis. Haec est nova definitio *usurae centesimae:* vetus haec, quae in centenos solidos vel modios quotannis reddit duodenos.

Nachdem nun Justinian dem nauticum foenus eine gewisse Grenze gesetzt hat, so darf diese Grenze auch bey dem foenus quasi nauticum oder in den Fällen, von welchen die *L.* 5. *D. h. t.* spricht, eben so wenig überschritten werden [46]), als das nauticum foenus das Duplum des Capitals überschreiten darf [47]).

Ist auf den Fall, da das in das Schiff gegebene Capital nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt wird, eine Conventionalstrafe bedungen worden, welches bey den Römern nicht ungewöhnlich war [48]); so darf diese die gesetzmäßige Größe der gemeinen Zinsen nie übersteigen. Denn eine solche Pönal-Stipulation kann nur dann erst von Wirksamkeit seyn, wenn die Gefahr

46) Anderer Meinung ist zwar *Car.* MOLINAEUS Tr. de Usuris nr. 99. sq. pag. 119. und zwar aus dem Grunde, weil in den Fällen, wovon die *L.* 5. *h. t.* redet, die Gefahr größer, und der Verlust wahrscheinlicher, als der Gewinn, sey, dahingegen bey dem nauticum foenus der Gewinn wahrscheinlicher sey, als der Verlust. Allein daß dieser Unterschied ungegründet, und in den Gesetzen nicht berücksichtiget sey, hat schon SALMASIUS de modo Usurarum. Cap. 9. pag. 372. sq. gezeigt.

47) S. HUDTWALCKER cit. Diss. de foen. naut. Rom. §. 17. in fin.

48) *L.* 23. *D.* de obligat. et action.

der Seereise schon vorüber, und der Schuldner in mora ist. Hier hört aber das nauticum foenus auf [49]). Der Römische Gläubiger konnte im Falle des Verzugs auch die täglichen Dienste des Sklaven, den er zugleich mit dem Gelde auf das Schiff gegeben hatte, in Anschlag bringen, weil er sie länger, als es nöthig war, hatte entbehren müssen. Auch dieses Interesse richtete sich nach der gemeinen Zinsengrenze. Dieß ist der Sinn der Worte des **Paulus**, welche aus dem dritten Buche seiner Gutachten in der *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* folgendermassen lauten: Pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti, quod, in singulos dies in stipulatum deductum est, *ad finem centesimae*, (i. e. ad modum et quantitatem centesimae, bis auf die gesetzliche Größe der gemeinen Zinsen, welche vor **Justinian** in der centesima bestanden) *non ultra duplum debetur*, (id est, *nec* ultra duplum debetur.) So haben diese Stelle auch **Cujaz** [50]) und **Noodt** [51]) verstanden. Unrichtig hingegen ist es, wenn **Duaren** [52]) sagt: Propositum fuerat *Papiniano*, usuram centesimam stipulatum esse creditorem, quamvis licuisset in infinitum stipulari; et ideo respondit, ultra eam non deberi, nec ultra centesimum mensem, quo exaequatur sorti, peti posse. Denn wie konnte dem **Papinian** ein solcher Fall vorgelegt werden, bey welchem mehr nicht,

49) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

50) Observation Lib. V. cap. 38. und ad Africanum Tract. VII. ad L. 23. D. de obligat. et action.

51) De foen. et Usuris. Lib. II. cap. 7.

52) Commentar. in h. Tit. Pand. *Oper.* pag. 1002. und Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 3.

als die centesima, war stipulirt worden? Hier verstand es sich ja schon von selbst, daß auch nicht mehr gefordert werden konnte. Und wie konnte denn das foenus trajectitiae pecuniae auf hundert Monate ausgedehnt werden, da keine Versendung über See so lange dauerte? Ueberdem ist ja auch hier nicht von den Zinsen des Capitals, sondern von einer Vergütung für den entbehrten Gebrauch der Dienste des zur See mitgeschickten Sklavens des Gläubigers die Rede, wie auch schon Salmasius[53]) gegen Duaren sehr richtig bemerkt hat. Wenn jedoch Salmasius diese Stelle so erklärt, was sich der Gläubiger für die Dienste des Sklaven, den er zur Begleitung des in das Schiff gegebenen Geldes mitgeschickt hatte, versprechen ließ, und ihm nach geendigter Seereise (ad finem navigationis) bezahlt werden sollte, könne über eine doppelte centesima nicht gefordert werden, und nun damit schließt: Certissimum itaque est, scripsisse PAPINIANUM, *quod in stipulatum deductum est, ad finem* (sc. navigationis) *centesimae non ultra duplum debetur, i. e. non ultra duplam centesimam*; so hat er darin offenbar Unrecht. Denn von einer doppelten Centesima ist hier gar keine Rede, und die Worte *ad finem* von der geendigten Seefahrt zu erklären, ist zu räthselhaft, als daß eine solche Erklärung, wegen der daraus entstehenden höchst gezwungenen Construction, auch nur vor dem Richterstuhl der Grammatik Gehör finden sollte. Hiermit ist denn auch über die seltsame Critic des Haloanders das Urtheil gesprochen, welcher die Worte *pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti* mit den letztern Worten des Princi-

53) De modo usurar. Cap. 8. pag. 307. et cap. 9. pag. 347.

piums dieser Stelle verbindet, und den §. 1. mit den Worten anfängt: *Quod in singulos dies*, die letzteren Worte aber folgendermassen versetzt: ad finem *non ultra duplum centesimas* debetur; wodurch er den Budäus[54]) verleitete, dem Papinian die Meinung unterzuschieben, als hätten die Zinsen eines Seeanlehns die doppelte Centesima nicht überschreiten dürfen. Nicht minder verwerflich ist die Critic des Hotomanns[55]), welcher die Worte *non ultra duplum* ganz wegstreichen will.

Hatte sich der Gläubiger, ausser dem nauticum foenus, noch auf den Fall, da der Schuldner nach geendigter Gefahr das Capital nebst den bedungenen Seezinsen wieder abzutragen säumen würde, Verzugszinsen stipulirt, und diese betrugen weniger, als die gemeinen Zinsen, so konnte er durch eine zweyte Stipulation wegen Vergeltung der entbehrten Sklavendienste dasjenige, was an der legitima usura fehlte, noch ergänzen. Hierauf gehen die letzten Worte des Papinian's, welche so lauten: In stipulatione foenoris *post diem periculi* separatim interposita, quod in ea legitimae usurae deerit, *per alteram stipulationem operarum* supplebitur.

Nach der Nov. 106. sollten zwar dem Schuldner, nachdem das Schiff glücklich gelandet hatte, 20 Tage Zeit gelassen werden, um die Waaren zu verkaufen, so daß ihm während dieser Frist keine Zinsen angerechnet werden sollten. Bliebe aber der Schuldner nach Ablauf

54) Annotat. in Pand. h. t.

55) Observation. Lib. V Cap. 17. S. auch JAUCH Meditat. crit. de Negationib. in Pand. flor. pag. 214.

dieser zwanzig Tage Nachsicht mit der Bezahlung in längerem Rückstande, so sollte er von nun an, bis zur Bezahlung, das Capital mit acht Procent verzinsen. Cujaz[56]) glaubt auch, es sey dieses durch die allgemeine Verordnung der Nov. 110. nicht abgeändert worden. Allein, da die Nov. 106. durch die Nov. 110. dergestalt aufgehoben worden ist, *quasi dicta lex nunquam scripta esset*, so kann es auch in diesem Punct nicht mehr gelten.

Die Klagen aus dem Geschäft, das über ein nauticum foenus geschlossen worden ist, sind verschieden, nach der Verschiedenheit der Form, wie es die Partheyen eingegangen haben. Es ist nämlich entweder durch einen bloßen Vertrag, oder durch Stipulation geschlossen worden. Im ersten Falle findet eine *condictio ex Lege*[57]), welche man auch *condictio trajectitiae pecuniae* nennen kann, in dem andern Falle aber *actio ex stipulatu*[58]) statt. Diese Klagen sind es auch, welche in den Fällen eines so genannten foenoris quasi nautici anzustellen sind, von welchen die *L. 5. D. h. t.* spricht[59]).

Heut zu Tage ist wohl das foenus nauticum nicht so gewöhnlich, als es bey den Römern war, doch läßt sich nicht behaupten, daß es ausser Gebrauch gekommen

56) Observation. Lib. XXVII. cap. 37.

57) *L. 7. D. h. t.* S. den 13ten Theil dieses Commentars §. 842. S. 246. Schmidt in dem pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 732. ff. nennt diese Klage *actio de nautico foenore.*

58) *L. 122. §. 1. D. de Verb. Oblig.*

59) S. Stypmann iur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 314. et 315.

sey [60]). Indessen weicht das heutige Recht darin von dem Römischen ab, daß man sich bey der Bestimmung der Zinsen nicht mehr an die von Justinian bestimmte centesima bindet, sondern dieselben nach der Größe der Gefahr, welche der Gläubiger übernimmt, zu bestimmen pflegt [61]).

§. 1141.

Assecuranz, besonders der Schiffe, und der darauf geladenen Waaren.

Verschieden vom nauticum foenus ist zwar das See-Assecuranz-Geschäft, jedoch konnte dem Römer auch ersteres, wenn er Geld über See schuldig war, statt einer Assecuranz dienen, wenn er mit dem Gläubiger einig ward, daß dieser gegen höhere Zinsen die Gefahr des Capitals übernahm [62]). Denn unter Assecuranz im allgemeinen Sinn versteht man überhaupt denjenigen Vertrag, wodurch Jemand die Gefahr einer fremden Sache für eine gewisse Belohnung auf eine bestimmte Art übernimmt. Der Unterschied zwischen *foenus nauticum* und Assecuranz besteht nur darin, daß bey dem erstern ein Darlehn gegeben wird, welches der Gläubiger mit den bedungenen Zinsen verliert, wenn das Schiff ohne Schuld des Debitors untergeht; bey der letztern aber der Assecurant für eine gewisse Belohnung sich ver-

60) *Jo. Gottfr.* SIEBER Diss. de argentariis, eorumque inprimis officiis. Cap. I. §. 7.

61) *Sam.* STRYCK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. *Ant* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXXXVI. Th. 2. *Ger.* NOODT de foen. et usuris. Lib. II. cap. 14.

62) E. HUDTWALCKER Diss. de foenore nautico Rom. Cap. 3. in fin.

bindlich macht, den bestimmten Werth einer Sache zu ersetzen, wenn sie in einer zu befürchtenden Gefahr zu Grunde gehen sollte. Eine solche Assecuranz setzt also nicht, wie das nauticum foenus, ein Darlehn voraus, welches der Gläubiger in einer zu befürchtenden Gefahr zu verlieren riskirt, und geht auch nicht blos auf Sachen, welche zur See verschifft werden, sondern findet auch bey anderen Sachen Statt, welche der Gefahr des Untergangs leicht unterworfen sind. Man theilt daher die Assecuranz nach Verschiedenheit ihres Gegenstandes ein in die Assecuranz zur See (*assecuratio maritima*) und in die Assecuranz zu Lande, (*assecuratio terrestris*). Zu der letzteren Art gehören z. B. die Häuser, Vieh- und Erndte-Assecuranzen. Die erstere, welche die Gefahr der Schiffe, und der darauf geladenen Waaren zum Gegenstande hat, ist jedoch unter Kaufleuten die gewöhnlichste, welche daher auch Assecuranz im engern und eigentlichen Sinne genennt wird [63]). Die Belohnung,

63) *Franc.* STYPMANN de adsecuratione usitatissimo hodie inter mercatores contractu; in EIUS iure maritimo P. IV. Cap. 7. *Rein.* KURICKE Diatr. de adsecurationibus; adj. EIUS iuri maritim. hanseat. inter Scriptores de iure nautico ab HEINECCIO edit. pag. 829. sqq. *A.* BALDASSERONI Tratt. delle assecurazioni marittime. *Florentiae* 1786. 4. Nic. Magens Versuch über Assecuranzen, Havereien und Bodmereien. Aus dem Englischen. Hamburg 1753. 8. *Sim. Henr.* GONDELA Diss. de contractu assecurationis. *Goettingae* 1788. *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de assecuratione aedium. *Tubingae* 1761. *J.* WESKETT Theory, laws and practice of insurances. *London* 1781. und teutsch unter dem Titel: Weskett Theorie und Praxis der Assecuranzen; aus dem

welche der Assecurant für die Uebernehmung der Gefahr erhält, wird die Prämie oder der Versekerlohn genennt, und die Größe derselben nach der Größe und Wahrscheinlichkeit der übernommenen Gefahr durch Ueberkunft der Interessenten bestimmt, jedoch so, daß sie immer mit der Summe, welche der Assecuradeur auf den Fall des Untergangs des Schiffs zur Entschädigung verspricht, im Verhältniß stehen muß [64]). Gewöhnlich besteht diese Prämie in Gelde; sie kann aber auch in andern Sachen bestehen, und wird dem Assecuradeur in der Regel sogleich bezahlt, nachdem derselbe die Urkunde, welche den geschlossenen Vertrag enthält, und Polizza oder Police genennt wird [65]), unterschrieben hat. Der Assecuranzvertrag muß schriftlich geschlossen werden, und an allen Seeorten sind deshalb gedruckte Formulare vorhanden, die dann nur einer bloßen Ausfüllung bedürfen [66]). Die Gefahr übernimmt der Assecuradeur gewöhnlich für

Engl. übers. und mit Anmerk. u. Zusätzen vermehrt von Engelbrecht. Lübeck 1782. 3. Bde. 4. Joh. Andr. Engelbrecht's vollständ. Assecuranzwissenschaft. Lübeck 1787. 8. B. M. EMERIGON Traite des assurances. *Paris* 1784. 2. Tom. 4. May Versuch einer Einleitung in die allgemeine Assecuranzwissenschaft, u. Wilh. Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 3. Bände. Hamburg 1805 — 1807. 8.

64) *Franc. Mich.* POPPE Diss. de litium assecurationis causa orientium decisione. *Goett.* 1752. Cap. I. §. 7.

65) *Jo.* WERLHOF Diss. de instrumento assecurationis vulgo Polizza. *Lipsiae* 1736. 4.

66) *Jo. Matth.* HASSE Diss. de indole et effectibus instrumenti adsecurationis, quod vulgo Polizzam vocant. *Goettingae* 1796.

die ganze Seereise, zuweilen aber auch nur auf eine bestimmte Zeit, und dann schränkt sich das Risico auch blos auf diese ein, so daß nun der Assecurant für weiter nichts steht, wenn auch die Seereise noch nicht vollendet seyn sollte. Die Gefahr kann auch zuweilen nur von einem gewissen Orte bis zu einem andern übernommen seyn. Solche Fälle gehören indessen zu den Ausnahmen. Ist daher über die Zeit der Gefahr nichts bestimmt, so wird angenommen, sie erstrecke sich bis dahin, da das Schiff an den bestimmten Ort glücklich angekommen ist, so daß die Gefahr von dem Moment ihren Anfang nimmt, da die Waaren vom Lande an Bord des in der Polizza benannten Schiffes gebracht, und dem Capitain übergeben worden sind, und dann aufhört, wenn dieselben ausgeladen sind, welches aber, nachdem das Schiff gelandet hat, ungesäumt, oder binnen der in der Polizza, oder in der Assecuranzordnung bestimmten Zeit geschehen muß [67]). In der Regel geschieht die Versicherung auf Casco, das ist, auf Schiff und Ladung als ein Ganzes, sie kann aber auch auf Stückgut, das ist, auf einzelne Schiffsgüter geschlossen werden. Darnach bestimmt sich dann auch die Größe des Schadenersatzes. Der Assecuradeur steht jedoch nur für die Gefahr, welche durch äussern Unfall, Strandung, Sturm, Ueberseglung u. dgl. entstanden ist. Dahingegen ist er innern Verderb der Waaren, dem sie ihrer Natur nach unterworfen sind, wofern nicht zufällige Hindernisse der Seereise darauf Einfluß gehabt haben, so wenig, als den

67) Poppe cit. Diss. Cap. I. §. 9. Gondela Diss. cit. §. 21. Hasse cit. Diss. §. 14. et 15. und Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 2. Band S. 205. ff.

durch eigne Schuld des Assürirten oder Versicherten direct oder indirect verursachten Schaden zu ersetzen, noch auch die Reisekosten, sie seyen gewöhnliche, oder Kosten des unvorhergesehenen Aufenthalts, z. B. wegen ansteckender Krankheiten, zu tragen schuldig, wofern sich nicht der Assecuradeur auch zu deren Ersatz ausnahmsweise verpflichtet hat [68]). Zum Zweck der Entschädigung des Versicherten sind übrigens zwey Wege denkbar. Der Versicherte kann nämlich nach vorgefallenem Unglück entweder durch den Versicherer in den Stand gesetzt werden, worin er bey glücklicher Ankunft des versicherten Gegenstandes am Bestimmungsorte gewesen seyn würde; oder er wird von demselben nur wieder in die Lage versetzt, worin er sich befunden haben würde, wenn er die durch Unglück vereitelte Speculation gar nicht unternommen hätte. Der letztere Weg ist jedoch in der Praxis der gewöhnliche, der erstere zwar dem Zweck des Kaufmanns mehr angemessen, jedoch, seiner Anwendbarkeit nach, davon abhängig, ob überhaupt die Gesetze des Staats Versicherungen auf gehoften Gewinn erlauben, oder verbieten [69]). Der Assecuradeur erstattet also, in Absicht auf

68) S. Gondela cit. Diss. §. 18. Hasse cit. Diss. §. 21. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 213. Schmalz Lehrbuch des teutschen Privatrechts. §. 329. u. 330.

69) Benecke im angef. System. 1. Band. Kap. 4. Abschn. 1. S. 404. ff. Man vergleiche auch die Abhandlung, welche den Titel führt: A System of the Law of marine Insurances, with three charters on Bottomry, on insurances on Lives, and on insurances against Fire. By *James Allan* Bark Esq. of Lincoln's Inn, Barrister ad Law. *London.* 1777. S. 1—468.

den Werth der Waare, der Regel nach nur die dafür in der Police durch Taxation am Abgangsorte angenommene Summe, und diese Summe wird dem Versicherten, im Falle eines totalen Schadens, ganz, im Falle eines partiellen aber, für den vernichteten Theil der Waare, ersetzt. Da jedoch der Preis jeder zu versendenden Waare durch die darauf zu verwendenden Kosten bis an den Bord, so wie durch die Assecuranzprämie nothwendig erhöhet wird; so müssen solche, da beyde Ausgaben, als ein Theil des Einkaufspreises angesehen werden, bey Bestimmung des zu versichernden Werthes in Rechnung gebracht, und von dem Assecuradeur in Schadensfällen mit ersetzt werden. Noch ist zu bemerken, daß den Assecuradeur sein durch die Versicherung erworbenes Interesse berechtige, die übernommene Gefahr auch einem Andern wieder zu übertragen, das heißt, er kann sich reassecuriren lassen. Ein solcher Reassecuradeur tritt dann zum ersten Assecuradeur in dasselbe Verhältniß, worin dieser zu dem Versicherten steht. Durch eine solche Reassecuranz wird aber das vorige Verhältniß auf keine Weise verändert. Der erste Assecuradeur bleibt daher dem Versicherten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er auch wegen Insolvenz des Reassecuradeurs nicht zum Wiederersatz gelangen könnte. Eben so wenig hat aber auch der Versicherte einen Regreß an den Reassecuradeur, wenn sein Versicherer insolvent geworden seyn sollte. Denn zwischen dem Assecurirten und dem Reassecuradeur entsteht keine Obligation [70]. Auf jeden Fall

70) POPPE Diss. cit. Cap. I. §. 10. GONDELA Diss. de contr. assecurat. §. 12. Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 1. Bd. 4. Abschn. S. 281. ff.

muß jedoch der Versicherte, wenn der Assecuradeur zum Schadensersatz verbunden seyn soll, nicht nur den Unglücksfall, wodurch der versicherte Gegenstand zu Grunde gegangen oder beschädigt worden ist, sondern auch sein Risico, d. i. seinen Verlust, und die Größe des Schadens beweisen [71]). Ob Seeassecuranzen schon bey den Römern vorgekommen sind? ist unter den Gelehrten streitig. Soviel ist richtig, daß sich in dem Römischen Gesetzbuche keine Spuren davon finden. Zwar könnten vielleicht die in den Römischen Gesetzen vorkommenden häufigen Stipulationen: Dabis, si navis venit? und si navis non venit [72])? auf eine Assecuranz hindeuten, wie auch wirklich einige geglaubt haben [73]). Allein die Auslegung, der Eigenthümer stipulirt sich den Werth, si navis non venit, und sein Promittent stipulirt sich die Prämie, si navis venit, scheint doch etwas zu sehr gezwungen zu seyn, indem es weit natürlicher ist, in diesen Stipulationen Wetten zu finden, die bey den Römern erlaubt, und auch nicht ungewöhnlich waren [74]). Daß die Römer keinen eignen Namen für das heutige Assecuranzgeschäft hatten, thäte nichts zur Sache, da die Form der Stipulation hinreichend gewesen wäre. Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens in den Römischen

71) GONDELA cit. Diss. §. 16.

72. L. 63. L. 129. D. *de Verb. obligat.*

73) *Corn.* HOFFMANN Diss. de cambiis et de commerciis Veterum. pag. 91. *Jo. Gottfr.* SIEBER Diss de argentariis, eorumque imprimis officiis. Cap. I. §. 7. Hugo Ob die Römer Assecuranzen hatten? in Desselben civilist. Magazin 2. B. Nr. V. S. 129. ff.

74) S. den 11. Th. dieses Commentars. §. 760.

Classikern einzelne Fälle von den jetzt unter Kaufleuten so gewöhnlichen Assecuranzen vorkommen? Reimarus [75]) und schon vor ihm Heinrich von Cocceji [76]) wollen dergleichen wirklich bey Cicero und Livius gefunden haben. Cicero [77]) schreibt nämlich in einem seiner Briefe an den Proquästor Sallustius: Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo. Cicero schrieb diesen Brief im Jahre der St. R. 703. in welchem er Proconsul in Cilicien war. So ungern er dieses Amt übernommen hatte, so sehr lag ihm bey Endigung desselben am Herzen, daß alle die pecunia publica, welche unter seiner Direction und Aufsicht von dem Proquästor und den Präfecten war verwaltet worden, und worunter nicht blos das zum öffentlichen Gebrauche bestimmte baare Geld, sondern vorzüglich auch die während seines Amts gemachte Beute begriffen war, sicher nach Rom gebracht werde, um darüber den Quästoren in Rom Rechnung ablegen zu können. Denn er schmeichelte sich nicht ohne Grund mit der Hoffnung, daß ihn ob integritatis laudem die Ehre des Triumphs erwarte [78]). Er gedenke es daher, schreibt er deshalb

75) Desselben Aufsatz hierüber steht in der Handlungsbibliothek von Büsch und Ebeling B. 3. St. 1. Nr. 3.

76) Diss. de assecuratione. §. 4. in Exercitat. Curios. Vol. I. Diss. 86.

77) *Ad Familiares Lib. II. Epist.* 17.

78) Cicero *Epist. ad Familiares Lib. II. Ep.* 12. Spero me integritatis laudem consecutum: non erat minor ex contemnenda, quam ex conservata provincia. *Spem triumphi?* inquis. Satis gloriose triumpharem, si non essem quidem tam diu in desiderio rerum mihi carissimarum.

an den Sallust, damit so zu halten, daß er zu Laobleca praedes annehmen werde, damit er und das Volk gesichert sey, wenn etwa das Geld mit der Beute auf der See verloren gehen sollte. Alles kommt nun darauf an, wer diese *praedes* sind? Sind es etwa Assecuradeurs? Dafür hält sie Reimarus. Nun ist nicht zu läugnen, daß *Praedes* bey den Römern im allgemeinen Sinne alle diejenigen genennt wurden, welche, zur Sicherheit einer gewissen Leistung, sich und ihr Vermögan entweder einer Privatperson oder auch dem Volke selbst auf irgend eine Art, als Bürgen, oder auch im eigenen Namen verpflichteten [79]. Insonderheit aber wurden diejenigen *Praedes* genennt, welche in Sachen öffentlicher Gelder dem Staat Sicherheit leisteten, daher man auch im eigentlichen Sinn diejenigen Grundstücke, welche dem Staat zur Sicherheit waren verpfändet worden, *Praedia* nannte. Folgende Stellen der Classiker lassen hieran nicht zweifeln. Der Römische Grammatiker Varro [80]) lehrt: *Praes* est, qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet, a quo, cum respondet, dicitur *Praes*. Die Worte: *in publicum ut praestet*, erklärt Heyne [81]) ganz richtig so: publico sc. aerario Rei-

79) Brissonius de Verbor. iuris Significat. voc. *Praes.* Duker Opusc. var. de Latinitate JCtor. Vet. p. 83. sq. Polletus Historia fori Rom. Lib. V. Cap. 1. p. 408. und besonders *Christ. Gottl.* Heyne Diss. de iure praediatorio, praeside *Jo. Aug.* Bachio def. *Lipsiae* 1752. §. 5—16.

80) *De Lingua Lat.* Lib. V. cap. 7. pag. 59. ed. *Stephan.*

81) Cit. Diss. §. 5. pag. 13.

publice ut caveat. Aus dem Varro scheint entlehnt zu seyn, was Festus, oder desselben Breviator sagt: *Praes* est is, qui populo se obligat, interrogatus a magistratu, si praes sit, ille respondet: *Praes*, oder wie Heyne der diese Stelle für corrupt hält, die letztern Worte emendirt: *interrogatusque a magistratu, ut praestet, si respondeat, dicitur praes.* In Verbindung mit *Praes* erklärt nun Varro [82]) auch, was *Praedia* sind. *Praedia*, sagt er, dicta, item ut praedes, a praestando, quod *per ea* [83]) pignori data publice mancupes fidem praestent; und in Beziehung auf diese Wortableitung sagt Festus: *Manceps* dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat, se auctorem emtionis esse, qui idem *praes* dicitur, quia tam debet praestare (populo), quod promisit, quam is, qui pro eo *praes* factus est. Alles dieses bestätigt denn auch Cicero [84]), wenn er sagt: *Praedibus et praediis populo cautum est.* Daß aber auch in Privatsachen Praedes Statt gefunden haben, beweißt der bekannte Vers des Ausonius [85]):

Quis, cum lis fuerit numaria? quis dabitur? Praes.

Doch waren die praedes in causis pecuniae publicae bey weitem gewöhnlicher [86]), wie dieß auch der Fall bey

82) Lib. IV. *de L. L.* cap. 4.

83) So lieset statt ea richtiger SALMASIUS de modo Usurarum. Cap. XVI. pag. 735.

84) CICERO *in Verrem.* Lib. I. cap. 54.

85) In Monosyllabis Idyll V. v. 100.

86) Solche Praedes kamen unter andern vor, wenn Jemand ein Anlehn aus der Staats-Casse empfieng. LIVIUS

Cicero beweißt. Gedenkt man sich nun, welches sehr natürlich ist, und auch die Analogie vom nauticum foenus für sich hat, daß solche Praedes, wenn sie nicht blos als Bürgen, sondern in eignem Namen fremde Gefahr zur See übernahmen, es gewiß nicht umsonst werden gethan haben; so gewinnt die Meinung des Reimarus, daß die Praedes des Cicero nichts anders, als Asseeurörs gewesen sind, ungemein viel Wahrscheinlichkeit. Indessen läßt sich freylich auch noch Manches dagegen einwenden. Denn auch davon abgesehen, daß die Worte *sine vecturae periculo* eine zweyfache Auslegung zulassen, indem sie eben so gut so verstanden werden können, Cicero habe zu Laodicea praedes angenommen, welche ihm das Geld zu Rom wieder auszahlen sollten, was er ihnen zu Laodicea gegeben hatte, um auf solche Art die Gefahr des Transports zur See zu vermeiden; als sie den Sinn haben können, daß diese praedes für die Gefahr stehen wollten, wenn etwa das Geld auf der Seefarth verunglücken sollte; daher auch Reimarus zu Folge einer alten Handschrift lieber *a vecturae periculo* gelesen wissen will, obwohl auch damit die Zweydeutigkeit noch nicht gehoben zu seyn scheint; so ist der Fall gar wohl möglich, daß dieselben Leute, mit denen

Lib. XXII. c. 60. auch VII. 21. Tacitus *Annal.* Lib. VI. c. 17. Cicero *ad Diversos.* Lib. V. *Epist.* 20. Ferner bey Pachtungen öffentlicher Vectigalien, oder öffentlicher Werke und Bauungen. Cicero *in Verrem* Lib. I. c. 54. et ad Eund. Asconius. Cicero Or *pro Balbo* cap. 20. Suetonius *in Claudio.* cap. 9. Nicht minder bey öffentlichen Geldstrafen. Gellius *Noct. Attic.* Lib. VII. cap. 19.

Cicero in Laodicea contrahirte, in Rom die Zahlung geleistet haben können. Solche Anweisungen waren auch den Römern gar nicht unbekannt [87]). Hierzu kommt, daß Cicero ausdrücklich das, wofür er praedes nehmen würde, *pecunia* nennt. Dieses Wort durch Geld zu übersetzen, scheint wenigstens dem Sprachgebrauche der Classiker angemessener zu seyn, als andere Sachen darunter zu verstehen. Es war auch wohl das Recht eines Proconsuls über seine Beute nicht so gar sehr beschränkt, daß er nicht auch Manches davon für Rechnung der Republik hätte verkaufen können. Dieß sind die nicht unbedeutenden Gründe, welche Herr Hofr. Hugo [88]) der Meinung des Reimarus entgegengesetzt hat. Nach Hugo wären also die praedes, welche Cicero suchte, keine Assecuranten, sondern sie standen nur dafür ein, daß entweder das Geld, welches er ihnen in Laodicea auszahlte, in Rom zurückgegeben, oder daß der Kaufpreiß dessen, was er ihnen sonst überließ, in Rom entrichtet werden sollte. Cicero wollte in jenem Falle ein mutuum, in diesem eine emtio venditio schließen; die praedes waren dabey nur etwas Accessorisches, aber sie wurden genannt, ohngefähr, so wie man bey uns sagt: man suche eine Hypothek, statt, einen Schuldner, der auch noch obendrein Hypothek stellen könne." Zu mehrerer Unterstützung dieser Erklärung fügt Hr. Hofr. Hugo noch hinzu: „Ohne Sicherheit ward im Namen des Staats nicht leicht contrahirt, und man sagte daher eben so leicht, der magistratus habe praedes für Etwas genommen, als er habe mit einem manceps, redem-

87) S. den 18. Th. dieses Commentars. §. 1071. S. 192.

88) Civilist. Magazin. 2. Band. S. 133. f.

tor u. s. w. contrahirt." Ich muß bekennen, daß ich vormals selbst der Meinung war, Cicero habe sich durch die praedes in Laodicea nur wegen der in Rom zu verrechnenden pecunia publica eine sichere Anweisung zu verschaffen gesucht, auf welche er das Geld, was er denselben in Laodicea auszahlte, in Rom wieder bekommen könnte, ohne sich und das Volk der Gefahr aussetzen zu dürfen, daß das Geld auf dem Transport zur See verlohren gehen könnte [89]). Allein nach genauerer Erwägung dessen, was der verstorbene Dr. Kölle in seiner Inauguralschrift jenen Gründen entgegengesetzt hat, bin ich geneigter, der vom Kölle vertheidigten Meinung des Reimarus beyzupflichten. Daß der Ausdruck pecunia publica allerdings auch auf die praeda hindeute, lehrt der ganze Zusammenhang der Worte. Denn unmittelbar vorher sagt ja Cicero ausdrücklich: *De praeda mea*, praeter quaestores urbanos, id est, populum Romanum, teruncium nec attigit, nec tacturus est quisquam. Nun heißt es gleich darauf: Laodiceae me praedes accepturum arbitror OMNIS *pecuniae publicae*. Bestand also nicht etwa die Beute selbst im baaren Gelde, wie die zum öffentlichen Gebrauche bestimmte pecunia, so ist sie unter der *omnis pecunia publica* unläugbar mit begriffen. Die folgenden Worte lassen hierüber noch weniger Zweifel übrig. Quod scribis ad me de drachmis CCCLIII. nihil est, quod in isto genere cuiquam posse commodare, *Omnis enim pecunia ita tractatur, ut praeda a praefectis:*

89) Praedes periculi maritimi apud Romanos. Commentatio ad illustrandum locum Ciceronis (ad Div. II. Ep. 17.) auctore *Henr. Christ. Ernest.* KOELLE J. U. D. *Halae* 1795. 8.

quae autem mihi attributa est, a quaestore curetur. Cicero, welcher damals sich, nach Endigung seines Proconsulats, zu seiner Rückreise nach Rom anschickte, hatte also auch schon wegen der Besorgung der pecunia publica seine Anordnung getroffen. Von einem Darlehn an irgend Jemand in Laodicea, oder von einem Verkaufe der Beute daselbst, gesetzt auch, daß sie dem Proconsul freygestanden hätte, konnte folglich gar keine Rede seyn. Nach Hugo sollen nun aber die praedes, welche Cicero wegen der pecunia publica zu seiner und des Volks Versicherung annehmen wollte, um nicht selbst für Seegefahr stehen zu dürfen, keine Assecuradeurs, sondern diejenigen gewesen seyn, welche dafür einstanden, daß entweder das Geld, welches er ihnen in Laodicea als ein mutuum auszahlte, oder daß der Kaufpreiß dessen, was er ihnen von der Beute durch eine emtio venditio überließ, in Rom entrichtet werden sollte. Es müßte also doch Cicero mit diesen praedes in Laodicea selbst contrahirt haben; und doch sollen sie bey dem Geschäft nur etwas Accessorisches gewesen seyn? Wollte man sich auch darüber hinaussetzen, daß praedes nach dieser Erklärung in einer ganz andern Bedeutung erscheinen würden, als in welcher sie uns Cicero hier darstellt, nämlich *ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo;* so wäre doch wenigstens unbegreiflich, wie diejenigen praedes, mit denen Cicero unmittelbar contrahirte, und mit denen er in dem einen Falle ein mutuum, in dem andern aber eine emtio venditio schloß, doch nur dabey etwas Accessorisches gewesen seyn sollten. Ohne Sicherheit ward freylich im Namen des Staats nicht leicht contrahirt. Allein die praedes waren ja, ihrer Bedeutung

nach, eben diejenigen selbst, welche dem Cicero und dem Volk wegen der Seegefahr Sicherheit gewähren sollten. Denn dies heißt doch wohl gewiß: ut et mihi et populo *cautum sit* sine vecturae periculo. Konnte denn aber nicht vielleicht ein römisches Handelshaus, oder eine societas publicanorum in Laodicea seyn, welche sehr gut auch in Rom Zahlung leisten konnte, wo sich ihre Casse, und ein Theil ihrer Mitglieder befand? Dieß ist wohl nicht zu läugnen: allein davon sagt Cicero kein Wort; und dieß möchte auch wohl nicht so leicht daraus zu errathen seyn, wenn Cicero sagt, er denke zu seiner und des Volks Sicherheit zu Laodicea praedes anzunehmen. Die von Ernesti in der Clavis Cic. v. *Manceps* angeführten Stellen aus Cicero *pro domo* cap. 18. und *ad Div.* Lib. V. Epist. 20. dürften wenigstens noch nicht zum Beweise dienen, daß es eben so viel geheißen habe, ein Magistrat habe praedes für Etwas angenommen, als er habe mit einem manceps oder redemtor contrahirt. Hätte Cicero mit einem Manceps zu contrahiren gemeint, es sey nun mit einem römischen Handelshause, oder mit einer societas publicanorum in Laodicea, hätte er dann diesem manceps entweder das Geld als ein Darlehn ausgezahlt, oder die Beute verkauft, um das Geld sodann in Rom dafür wieder zu erhalten, und blos zur Sicherheit richtiger Zahlung praedes angenommen; gewiß Cicero würde nach der ihm eigenen Präcision und Eleganz des manceps um so mehr gedacht haben, da zwischen manceps und praes doch noch ein großer Unterschied ist.

Ausser dieser Stelle des Cicero will man zwar auch noch Stellen aus Livius anführen, nämlich Lib. XXIII. c. 49. und Lib. XXV. c. 3. wo erzählt

wird, daß bey gewissen Lieferungen für die Armeen der Staat die Gefahr des Transports zur See übernommen habe. Allein hier hat Hr. Hofr. Hugo gezeigt, daß es noch manche andere Erklärungart gebe, ehe man zu einer Assecuranz seine Zuflucht zu nehmen genöthiget sey, ob ich gleich darin ihm nicht beystimmen kann, wenn er meint, es sey schon der Natur des geschlossenen Contracts gemäß gewesen, daß der Staat die Gefahr habe übernehmen müssen, indem vielmehr aus der ersten Stelle: Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum ut militia vacarent, dum in eo publico essent: alterum, *ut quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi, publico periculo essent*, sich deutlich ergiebt, daß die Lieferanten es zur ausdrücklichen Bedingung gemacht hätten; und wenn gleich dieses in der andern Stelle: *quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis, quae portarentur ad exercitus*, nicht ausdrücklich gesagt worden ist; so ist doch wenigstens darin, daß es Livius zu bemerken für nöthig gehalten, der Staat habe die Gefahr des Transports übernommen, und die Lieferanten hätten diesen Umstand zu Betrügereyen benutzt, (et ementiti erant falsa naufragia, et ea ipsa, quae vera renunciaverant, fraude ipsorum facta erant, non casu; in veteres quassasque naves paucis et parvi pretii rebus impositis etc.) ein Grund zu finden, daß es sich wohl nicht von selbst verstanden habe.

§. 1142.

Bodmerey. Byllbrief.

Wegen Uebernehmung der Gefahr darf ferner die gewöhnliche Zinsengröße bey der Bodmerey überschritten

werden. Es wird darunter ein schriftlicher Vertrag verstanden, vermöge welchen Jemand Geld auf den Kiel eines Schiffes (Boden) zu dessen Gebrauche und zur Fortsetzung der Seereise, gegen höhere als gewöhnliche Zinsen, und gegen Verpfändung des Schiffes dem Rheder unter der Bedingung darleihet, daß die Wiederbezahlung des Geldes nur im Falle einer glücklichen Ankunft des Schiffes Statt finden soll [87]). Wird Geld allein auf die Waaren der Ladung gegen mehr als gewöhnliche Zinsen vorgeschossen, mit der Bedingung, daß dasselbe nur im Falle der glücklichen Anlangung der Waaren am Bestimmungshafen wiederbezahlt werden soll, so nennt man dieß eine Geldanleihe auf große Avanture, auf Respondentia [88]). Beydes pflegt insgemein verwechselt zu werden. Der Unterschied beyder Contracte vom nauticum foenus besteht darin, daß bey dem letzteren nur die Gefahr des Capitals, bey den ersteren aber die Gefahr des Schiffes, oder auch der Waaren der Ladung übernommen wird, obwohl bey allen diesen Contracten die Folge die nämliche ist, daß der Gläubiger Capital und Zinsen verliert, wenn das Schiff auf der bestimmten Fahrt zu Grunde geht. Es wird auch bey allen voraus-

87) *Henr.* BODINI Diss. de bodemeria. *Halae* 1697. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercitat. de bodemeria, vulgo Bodmerey. in *Eiusd.* Select. iurisprud. civ. (*Gedani* 1728. 4.) Part. I. Exercit. XVI. pag. 112. sqq. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 2. Bd. §. 214.

88) S. PARK System of the Law of marine Insurances, *London.* 1800. pag 410. u. Fried. Joh. Jacobsen Seerecht des Friedens und des Krieges. (Altona 1815. 4.) Abschn. 2. Kap. S. 501.

gesetzt, daß der Untergang des Schiffes nicht durch des Debitors Schuld verursacht worden sey [89]). Ferner der Bodmerey- und Großaventürcontract wird zwischen dem Rheder und Anleiher geschlossen, allein das nauticum foenus geht den Schiffs-Rheder nichts an. Es wird auch letzteres nicht so, wie das Bodmereyanlehn, zum Gebrauch des Schiffs gegeben, um die Seereise beginnen und fortsetzen zu können, sondern dem Schuldner zu seinem beliebigen Gebrauche creditirt; und endlich ist auch die Bodmerey mit einer Verpfändung des Schiffs verbunden [90]), nicht das nauticum foenus, obwohl ersteres, wenn nicht die besondern Seegesetze ein anders verordnen, kein stillschweigendes Pfandrecht giebt [91]). Die Größe der Zinsen hängt auch hier von der willkührlichen Uebereinkunft der Contrahenten ab, und richtet sich nach dem Grade der wahrscheinlichen Gefahr. Die über den Contract errichtete Urkunde wird der Bodmereybrief, oder auch der Kielbrief genennt. Von diesen Bodmerey- oder Kielbriefen sind die Bielbriefe zu unterscheiden, worunter diejenigen Schuldscheine verstanden werden, welche über ein Darlehn zur Anbauung und Ausrüstung eines neuen Schiffes ausgestellet worden, und wofür das Schiff auf die Art verschrieben worden ist, daß das Darlehn noch vor der Versegelung desselben be-

89) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1851. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

90) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. und Willenberg cit. Exercit. §. 4.

91) S. Stypmann c. l. nr. 56. sqq. pag. 413. u. Bodinus cit. Diss. Th. 23. et 24. Anderer Meinung sind jedoch Jacobsen Seerecht S. 495. und Schmalz Lehrbuch des teutsch. Privatrechts. §. 336.

richtiget werden soll [92]). Ein solcher Bielbrief geht bey entstandenem Concurse der Gläubiger, nach einem bekannten Sprüchworte, dem Bodmereybriefe vor, wenn gleich der Gläubiger vor der Bezahlung seine Einwilligung zu dem Auslaufen des Schiffs gegeben hätte. Scheitert das Schiff, so kann sich der Gläubiger blos an die Trümmern halten, und daraus, so weit der Werth zureicht, seine Befriedigung suchen, wenn nicht in dem Bodmereibriefe zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist, daß das Schiff in allen seinen Theilen wohlbehalten an dem bestimmten Orte einlaufe [93]).

§. 1143.

Leibrenten- und Allimenten-Contract.

In mehr als gewöhnlichen Zinsen bestehen endlich auch die Leibrenten, welche dem Gläubiger jährlich auf seine Lebenszeit gegeben werden, wogegen mit dessen Tode der Schuldner das Capital gewinnt [94]). Der darüber errichtete Vertrag wird der Leibrenten-Contract [95]) (*contractus vitalitius*) genennt, und dieser wird, wenn das Capital in einer bestimmten Geldsumme besteht, als ein Rentenkauf, besteht es aber in andern Gütern, als ein ungenannter Contract (contractus do ut des) behandelt [96]). Hiernach wäre also der Leibrenten-Contract

92) S. Eisenharts Grundſ. der deutsch. Rechte in Sprüchwörtern. Abtheil. IV. Nr. LXII. S. 410.

93) Voet c. l. §. 4. Willenberg cit. Exercit. §. 11.

94) *Henr.* Linck Diss. de reditu vitalitio, vulgo von Leibrenten *Altdorfii* 1682. 4.

95) *Imm.* Weber Diss. de contractu vitalitio. *Gissae* 1706. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen u. förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 2. Theil. 5. Hauptabth. 3. Hptst. S. 495. ff. Westphals teutsch. Privatrecht. 2. Th. Abh. 60. Danz Handbuch 2. Th. §. 217.

96) *L.* 8. *Cod. de rerum permutat.* Weber cit. Diss. Cap. 2. §. 2. Linck cit. Diss. Cap. 4. nr. 2. sqq. und *Dan.* Tidemann Diss. de rescissione contractus vitalitii, praes. *Ge. Henr.* Ayrero def. *Goettingae* 1750. §. 3. et 4.

derjenige Vertrag, wodurch Jemand einem Andern auf dessen Lebenszeit jährlich eine bestimmte Summe, gegen den Empfang eines Capitals, welches Erster nach dem Tode des Letztern behalten soll, zu zahlen sich verbindlich macht. Wird dieser Contract als ein Kaufcontract geschlossen, so würde es z. B. in der Contract-Formel heissen: „Es verkauft A. an X. auf dessen Lebenszeit 400 Thlr. jährlicher Renten um und für die Summe von 5000 Thln., dergestalt, daß der Verkäufer sich verpflichtet, solche 400 Thlr. als jährliche Renten dem Käufer auf dessen Lebenszeit in zwey Terminen, Ostern und Michaelis jedesmal mit 200 Thlrn. baaren Geldes zu bezahlen, der Käufer aber für solche 400 Thlr. jährlichen Einkommens dem Verkäufer 5000 Thlr. zur Kaufsumme baar zu erlegen verspricht." Wird hingegen der Leibrenten-Vertrag als ein ungenannter Contract geschlossen, so würde die Formel desselben so lauten: „Es übergiebt A. dem X. sein am Markt gelegenes Wohnhaus nebst Garten, und damit verbundenen Braugerechtigkeit zu einem unwiderruflichen Eigenthume; dagegen verspricht letzterer dem erstern ein jährliches Einkommen von 600 Thalern dergestalt, daß sich derselbe verbindlich macht, diese Summe, als jährliche Renten, dem X. auf dessen Lebenszeit jährlich in zwey Terminen, Ostern und Michaelis jedesmal mit 300 Thlrn. baaren Geldes zu bezahlen."

Wird der Vertrag auf eine solche Art geschlossen, daß Jemand einem Andern seine Güter unter der Bedingung überläßt, daß letzter sie auf immer behalten, und dem Erstern dagegen den lebenslänglichen Unterhalt entweder in Natur, oder in einem jährlichen abzureichenden Geldquantum geben soll, so pflegt zwar auch dieser Vertrag ein Leibrenten-Contract genennt zu werden, allein richtiger wird er der Alimenten-Contract genennt [97]). Man nennt ihn auch den Leibgedings-Contract [98]). Da dieser Contract auch mit Pflege und Wartung des Alimentars verbunden seyn kann, so häl-

97) S. Westphal a. a. O. §. 1.

98) S. von Trützschler a. a. O. S. 502.

ten ihn einige [99]) für einen ungenannten Contract gemischter Art, der sich zur Form *do ut des et facias* eigne. Die Römischen Gesetze sehen das Geschäft als eine donatio sub modo an [100]), woraus aber auch die actio praescriptis verbis entsteht [1]). Bey diesen Contracten richtet man sich nach dem Alter und dem Gesundheitszustande dessen, welcher sich die Leibrenten oder Alimenten bedingt, und zwar wird bey der Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer des Leibrenteneirers oder Alimentars nicht die allgemeine Sterblichkeitsordnung, sondern die Sterbensordnung für Rentenirer zum Grunde gelegt, so wie uns solche bey Florencourt [2]) die VIIte, bey Michelsen [3]) die Vte, und bey Langsdorf [4]) die XIIte Tafel darstellt [5]). Weil jedoch diese Arten von Verträgen immer mit einer Wageschaft für beyde Contrahenten verknüpft ist, indem der eine oder der andere Theil wegen der ungewissen Lebensdauer des Rentenirers

99) S. Weber cit. Diss. Cap. 2. §. 2. et 5.

100) *L.* 1. *Cod. de donat. quae sub modo.*

1) *L.* 8. *Cod. de rer. permutat.*

2) Abhandlungen aus der jurist. und politischen Rechenkunst von Carl Chassot de Florencourt. Altenburg 1781. 4. S. 112. ff. und S. 285.

3) Jo. Andr. Christ. Michelsen Anleitung zur jurist. polit. u. öconomischen Rechenkunst. 2. Th. (Halle 1784.) 6. Absch. § 42. ff. S. 200. ff. und im Anhange der Tabellen. S. 12—14.

4) Carl Christ. Langsdorf Arithmetische Abhandlungen über juristische, staats- und forstwissenschaftliche Fragen, Mortalität, Bevölkerung und chronolog. Bestimmungen. (Heidelberg und Mannheim 1810. 8.) Kap. 7. S. 66. ff. und S. 165. f.

5) Man vergleiche auch Joh. Pet. Süßmilch Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts, aus der Geburt, dem Tode und der Fortpflanzung desselben erwiesen. Vierte verb. Ausgabe, herausgegeben von Christ. Jac. Baumann. Berl. 1775. und 1776. (8.) 2. B. Kap. 23. S. 366. ff. und *Frid. Aug.* Schmelzer Commentat. de probabilitate vitae, eiusq. usu forensi. *Goett.* 1787. 8.

oder Alimentars gewinnen oder verlieren kann; so ergiebt sich daraus von selbst, daß Leibrenten und Alimente an den sonst gewöhnlichen Zinsfuß unmöglich gebunden seyn können.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 11. ist zur Note 34. noch vorzüglich hinzuzufügen die Abhandlung über Wucher und Wuchergesetze in Hugo civilist. Magazine 2. B. S. 137 — 204.

S. 50. zur Note 74. ist noch beyzufügen eine Abhandlung in C. F. Gesterding alten und neuen Irrthümern der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818. Nr. I.

S. 74. zur Note 23. Anderer Meinung ist jedoch Gesterding in der angeführten Schrift S. 6. ff.

S. 85. Abs. 2. Z. 2. ist zu lesen: um die Hälfte eines *Solidus* vermehrt.

S. 153. Z. 6. von oben ist statt in bestimmten Terminen laufen vielmehr erhoben werden zu lesen. Man sehe auch *Arn.* Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 9.

S. 172. Not. 16. Z. 2. ist statt in dem ersten Falle in dem zweyten Falle, und Z. 3. *ἀμφοτερόπλουν* statt *ἀμπο-τερόπλουν* zu lesen.

S. 202. zur Note 60. *Sam.* Marshall Treatise on the Law of Insurance. *London* 1802. *John Ilderton* Burn practical Treatise or Compendium of the Law of marine Insurances. *London* 1801. Pothier Traité du Contrat d'Assurance par Estrangin Avocat. *Paris* 1810.

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Ein und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.
1820.

Lib. XXII. Tit. III.

De probationibus et praesumtionibus.

§. 1144.

Erklärung der Ausdrücke: *probare*, beweisen, Beweis, Beweismittel, Beweisgrund, Vermuthungen.

Der römische Ausdruck *probare*, so wie das teutsche Wort beweisen, wird in verschiedener Bedeutung genommen, von welchen diejenige ausgeht, in welcher hier von *Probatio*, Beweis gehandelt wird. Das Wort *probare* heißt eigentlich soviel, als billigen, mit Etwas zufrieden seyn; wird es aber mit dem Dativ der Person construirt, nämlich *alicui probare aliquid*, so heißt es soviel, als auf irgend eine Art und Weise bewirken, daß ein Anderer etwas für recht, für wahr, für gerecht halte; machen, daß einem Andern etwas gefalle. Z. B. *officium suum alicui probare* [1]). Hier sagt man auch im Teutschen, jemanden Freundschaft beweisen [2]). Insonderheit aber heißt *probare* oder beweisen, einem Andern etwas glaubhaft machen, ihm von Etwas über-

1) Cicero in *Verrem* IV. c. 44. ad *Atticum* Lib. XVI. Ep. 7. Ernesti Clav. Ciceron. in indice Latinitat. voc. Probare.

2) S. Adelungs Wörterbuch.

zeugen. So sagt Cicero[3]): *His ego judicibus non probabo, C. Verrem contra leges pecunias cepisse?* In dieser Bedeutung können, um unserm Ziele näher zu kommen, und die Anwendung davon auf den Civilproceß zu machen, nicht nur die Partheyen dem Richter, sondern es kann auch der Richter den Partheyen beweisen, jene, wenn sie Gründe beybringen, um den Richter, als solchen, von der Wahrheit einer streitigen Behauptung, wovon die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt, zu überzeugen, dieser, wenn er sein Urtheil mit Gründen unterstützt, um den Partheyen die Ueberzeugung zu verschaffen, daß so, wie geschehen, und nicht anders, in der Sache habe erkannt werden müssen. Ja auch Nebenpersonen im Civilproceß können in jener Bedeutung beweisen. Z. B. der Procurator beweiset durch seine Vollmacht den ihm von seinem Principal ertheilten Auftrag, vor Gericht für ihn zu handeln[4]).

Allein in der Kunstsprache des Civilproceßes wird Beweis von den vor Gericht streitenden Partheyen gebraucht, wenn nämlich eine Parthey dem Richter, als Richter, die Ueberzeugung von der juristischen Wahrheit eines Thatumstandes zu verschaffen sucht, von welchem die Anerkennung des streitigen Rechts abhängt. In dieser hier zum Grunde zu legenden Bedeutung bezeichnet dann das Wort Beweis theils den Inbegriff der processuali-

3) Lib. I. in *Verrem.* cap. 4.

4) S. Walch über die Begriffe, welche im Civil-Prozesse mit den Wörtern Beweisen, Beweis-Mittel und Beweis verbunden werden. In dem Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß von Martin und Walch. 1. Bandes 1. Heft. Nr. II. S. 63—122.

schen Handlungen, durch welche eine Parthey diese Ueberzeugung des Richters hervorzubringen strebt, d. i. die Beweisführung, theils den bezweckten Erfolg derselben, — die Ueberzeugung des Richters — welche dann freylich ihre Grade hat, daher der Beweis bald ein vollständiger, bald nur ein unvollständiger seyn kann; theils das Mittel, durch dessen Gebrauch die richterliche Ueberzeugung hervorgebracht werden, und welches die Grundlage zu derselben zum Resultat haben soll, — Beweismittel; — theils endlich die daraus resultirende Wahrheit oder Unwahrheit, — das Product des Beweismittels, welches man den Beweisgrund nennt [5]). Dieser Beweisgrund ist nun von zweyerley Art, der factische, d. i. das zunächst mit den äussern Sinnen aufzufassende Product des Beweismittels, z. B. die Aussagen der Zeugen, das Gutachten der Sachverständigen, der wörtliche Inhalt einer Urkunde u. s. w., oder der juristische, d. i. das Resultat, welches der Richter durch seine juristische Reflexion aus dem factischen Beweisgrunde für seine Ueberzeugung abstrahirt, und dieser juristische Beweisgrund bewirkt entweder juristische Wahrheit oder juristische Unwahrheit. Nur einen Fall giebt es, wo die aus dem Beweisgrunde hervorgehende Wahrheit eine bis zur Evidenz sich erhebende, absolute Wahr-

5) Man vergleiche Gönner vom Beweise überhaupt mit einer Revision des Begriffs vom Beweise im Civilprozeß, im Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes. 2. Band. Nr. XXXVII. S. 240—301. und besonders Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz: im Archiv für die civilist. Praxis; herausgegeben von Gensler, Mittermaier u. Schweitzer. 1. B. Nr. III. S. 26—64.

heit ist, nämlich wenn sich der Richter durch eigne sinnliche Wahrnehmung, d. i. durch Auffassung des factischen Verhältnisses mit seinen eigenen, äussern, physischen Sinnen von der Wahrheit der bestrittenen Merkmale des Streit-Objects überzeugen kann. Hier ist auch die Wahrheit eine allgemeine, eine Wahrheit für jeden vernünftigen Menschen, der die nämliche äussere Erscheinung eben so percipiren würde, ohne Beymischung einer besondern juristischen Reflexion. Dahingegen ist jene juristische Wahrheit immer nur eine relative, welche nur in Bezug auf die jetzt streitenden Partheyen für Wahrheit gilt, damit es dem Richter möglich werde, den Streit zu entscheiden [6]. Sie ist, selbst in ihrer höchsten Vollkommenheit, doch nur höchste Wahrscheinlichkeit, welche, selbst die öffentliche Urkunde nicht ausgenommen, nur eine Rechtsvermuthung hervorbringt, die durch directen Gegenbeweis aufgehoben werden kann, und nur bis dahin einen juristischen Zwangsglauben begründet, übrigens aber gar wohl eine materielle Unwahrheit seyn kann. Denn sie wird nur durch die Form des Prozesses zur juristischen Wahrheit erhoben, und führt daher auch mit Recht den Namen einer formellen Wahrheit.

Vermuthungen, *Praesumtiones*, gehören zu den Beweisgründen. Es sind Folgerungen, welche das Gesetz, oder der Richter, aus erwiesenen factischen Verhältnissen, und zwar letzterer, nach menschlicher Erfahrung und Ver-

6) S. *Frid. Theoph.* Seydlitz de probationibus singularum litium propriis, nec ad alias lites trahendis. Specim. I. *Lipsiae* 1807. 4.

nunft, zieht. Sie sind daher von zweyerley Art. **Rechts-vermuthungen**, *praesumtiones iuris*, und **menschliche Vermuthungen**, *praesumtiones hominis*. Bey jenen ist das Gesetz das Beweismittel, insofern es gebietet, die Folgerung aus einem factischen Verhältniß für wahr anzunehmen, sobald dieses factische Verhältniß an sich ausser Zweifel gesetzt ist. Bey diesen ist es der Richter selbst, welcher aus einem erwiesenen factischen Verhältniß auf das Seyn oder Nichtseyn des zu beweisenden Factums schließt, weil, der menschlichen Erfahrung und Vernunft nach, die Prämisse und das zu erweisende Factum in einem Cohärenz-Nexus stehen, sich z. B. wie Ursach und Wirkung verhalten. Das Resultat von jenen ist **juristische Wahrheit**, und diese enthält, so weit nicht etwa der Schlüß zu einer Rechtswahrheit erhoben ist, einen zwar vollständigen Beweis, welcher aber, weil das Gegentheil des Geschlossenen noch als juristisch möglich gedacht werden muß, durch Gegenbeweis vernichtet werden kann. Menschliche Vermuthungen hingegen geben eine bloße Wahrscheinlichkeit; sie unterstützen zwar andere Beweisgründe, wirken aber für sich keine volle juristische Ueberzeugung. Da übrigens der Richter bey dem Beweise durch Vermuthungen von der Wahrheit der streitigen Thatsache nicht direct überzeugt wird, sondern zunächst von einer andern für wahr und als vorhanden anerkannten Thatsache auf die Wahrheit der streitigen Thatsache eine Schlußfolgerung ziehen soll; so ist dieser Beweis ein **künstlicher Beweis** [7]).

7) S. Quinctilianus *Institut. orator.* Lib. V. cap. 1. et 8. u. *Franc.* Duarenus Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 27.

Die Lehre vom Beweise [8]), so wie insonderheit auch die Lehre von Vermuthungen [9]), ist nun in unsern Tagen so gründlich und erschöpfend bearbeitet worden, daß ich füglich die Titel der Pandecten, welche vom Beweise handeln, hätte überschlagen können. Um jedoch keine Lücke zu lassen, mag dießmal eine Exegese der Fragmente dieser Titel die Stelle des Commentars vertreten. Ich werde dabey die florentinische Leseart nach der Ausgabe des Taurellius zum Grunde legen, jedoch dabey meine übrigen glossirten und nicht glossirten Ausgaben, so wie die Erlanger Handschrift vom Digestum vetus damit

8) S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß, mit Zusätzen und Anmerkungen von Jo. Fr. Jury. Magdeburg 1805. Jo. Fr. Reitemaier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802. v. Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Erlangen 1804. 2. B. Nr. XXXVII — LIV. Ernst Christ. Gottl. Schneider's vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. Giessen und Darmstadt 1803. Hanns Ernst von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises. 1. u. 2. Th. Regensburg 1806. Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. Nepom. Borst über die Beweislast im Civilprozeß, mit einer Vorrede von Anselm Ritter von Feuerbach. Bamberg u. Leipzig 1816.

9) Matth. Weindler über Vermuthungen, vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre. Landshut 1801. und Aug. Willib. Feuerlein's Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen, in Gönner's Archive für die Gesetzgebung und Reforme des jurist. Studiums. IV. B. (Landsh. 1814.) Nr. I. S. 1. — 132.

vergleichen. Als Commentare über diese Titel sind zu bemerken Hug. Donellus [10]), Franz Duaren [11]) und Gerh. Noodt [12]). Einen exegetisch kritischen Commentar über den Titel der Pandecten de Testibus hat Herr Prof. Schrader [13]) musterhaft bearbeitet. Die Gesetze der beyden Titel des Codex de probationibus und de Testibus hat Janus a Costa [14]) erläutert, und B. Voorda an mehreren Orten mit seinen Noten bereichert.

10) Commentarii ad Tit. Dig. de probationibus, ad Tit. Dig. de fide instrumentorum, et de Testibus. In *Eius* Operib. prior. *Francofurti ad Moen.* 1589. 4. pag. 249—310.

11) In Tit. XIX. libri IV. Cod. et Tit. III. Lib. XXII. Pandectar. de Probationibus. in Operib. *Francofurti* 1592. f. pag. 934—940. In Tit. XXI. Libri IV. Codicis et Tit. IV. Libri XXII. Pandectar. de fide instrumentorum. pag. 941 — 944. et in Tit. XX. Lib. IV. Cod. et Tit. V. Lib. XXII. Pandectar. de testibus. pag. 945—951.

12) Comment. ad Tit. 3. 4. et 5. Lib XXII. Dig. in Opp. Tom. II. pag 474—481.

13) Titulos Digestorum Lib. XII. Tit. V. de condictione ob turp. caus. et Lib XXII. Tit. 5. de testibus, sedecim Codd. Manuscriptor. aliorumque subsidior. criticor. ope emendatos edidit, notas, apparatum criticum, et praefationem, qua libri, quibus haec crisis nititur, inter se comparantur, adjecit D. *Eduard.* SCHRADER. *Tubingae* 1819. 8.

14) Praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civ. edidit, notisq. illustravit B. VOORDA. *Lugd. Batav.* 1773. 4. pag 225—292.

§. 1145—1156.

Erklärung der einzelnen Fragmente dieses Titels [15]).

1. PAPINIANUS *Libro tertio* [16]) *Quaestionum*. Quotiens quaereretur [17]), genus vel gentem [18]) quis haberet, nec ne, eum probare oportet [19]).

15) In den Basiliken nach der Ausgabe des Fabrotus hat Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. die Ueberschrift: Περί ἀποδείξεων, καὶ προλήψεων, καὶ πίστεως δικαιωμάτων, καὶ διαβολῆς αὐτῶν. i. e. *de probationibus et praesumtionibus, et fide instrumentorum, et reiectione eorum.* In dem Erlanger Cod. ist blos die Ueberschrift des Titels befindlich, so wie sie in allen Ausgaben lautet, ohne die Beyfügung Tit. 3. statt dessen steht das gewöhnliche Zeichen 

16) Haloander hat *lib. IIII. Quaestionum.* Allein man sehe *Abr.* WIELING Iurispr. restituta Tom. I. p. 140. Cod. Erl. hat bloß den Namen Pap.

17) Der Erlang. Codex lieset: Quotiens genus vel gentem, zwischen diesem letztern und dem folgenden Worte quis, ist von einer andern Hand mit schwärzerer Dinte das qu mit dem Einschaltungszeichen V darüber geschrieben. Interpunctionen, so wie sie in der Taurellischen Ausgabe erscheinen, finden sich, ausser dem letzten Punct, in dem Erlang. Codex nicht. Statt quaereretur, lieset Baudoza Cestius *quaeritur*. Die Basiliken haben auch ζητεῖται.

18) In den Basiliken fehlen die Worte *vel gentem*. Die Stelle lautet so: Παπιαν. Οσάκις ζητεῖται, ποῖον ἔχει τις γενός, αὐτὸς ἀποδεικνυσι. i. e. *Quoties quaeritur, quale genus quis habeat, ipse probare debet.* Allein in den Scholien pag. 23. ist eine Note vom Cyrillus angeführt, welche die ganze Stelle vollständig enthält. Sie lautet so: Ore περὶ γένους ἢ ἔθνους

Es kommt hier zunächst auf die Erklärung der Worte *genus* und *gens* an, welche von den Auslegern auf sehr verschiedene Art gedeutet werden.

Der griechische Scholiast [20]) erklärt das *genus* von der verwandtschaftlichen Abstammung, z. B. es behauptet Jemand, er sey der Sohn des Titius. Das Wort *gens* aber von dem Ort der Herkunft, oder der Landsmannschaft. Z. B. es behauptete Jemand, er gehöre zu einem solchen Volke, welches mit den Römern im Bündniß stand, und machte, als solcher, Ansprüche an die den Bundesgenossen zugestandenen Privilegien.

Die Glosse des Accursius bezieht das *genus* auf den Successionsfall, wo es auf den Beweis der Verwandtschaft mit dem Erblasser ankommt. Die *gens* aber erklärt sie von dem Wohnorte, welcher z. B. bey der Excusation von der Tutel zur Sprache kommen konnte, weil nach dem Röm. Rechte eine gewisse Anzahl von Kindern, die nach Verschiedenheit des Wohnorts bestimmt war, von dieser Bürde befreiete [21]).

Die späteren Ausleger erklären hingegen beyde Ausdrücke von der Verwandtschaft, jedoch auf verschiedene

τινός ζητεῖται, αὐτὸς δεικνύτω τοῦτο προϊσχόμενος. i. e. *Cum de genere aut gente alicuius quaeritur, probatio ei incumbit, qui id allegat.*

19) Haloander lieset oportere. Mit der Taurellischen Leseart stimmt Cod. Erlang. und alle übrigen Ausgaben überein, welche ich besitze, die des Russard, Charondas, Baudoza, Hugo a Porta, Sim. van Leeuwen, und Gebauer.

20) Tom. III. Βασιλικῶν pag. 22. et 23.

21) *Pr. I. de Excusat. tutor.*

Art. Andreas Alciat[22]) sagt, der Ausdruck *gens* wäre von den Verwandtschaften der Patrizier, das Wort *genus* oder *stirps* aber von den Verwandtschaften der Plebejer gebraucht worden. Denn Cicero[23]) unterscheide in dem Falle, wo zwischen zwey Familien, den Marcellern und Claudiern, über die Erbschaft des Sohns eines Freygelassenen gestritten wurde, und die Familie der Marceller, welche plebejisch war, behauptete, daß sie ihnen der *stirps* nach, die andere der Claudier aber, welche patricisch war, daß sie ihnen der *gens* nach angefallen sey, zwischen ius *stirpis* und ius *gentilitatis*, und Livius[24]) sage von den Patriziern: Semper ista audita sunt eadem, penes vos auspicia esse, *vos solos gentem habere.*

Ganz anders erklärt Jacob Raewaerd[25]) den Unterschied zwischen *genus* und *gens*. Die Blutsfreundschaft, sagt er, werde nach dem Civilrecht in *gens* und *genus* eingetheilt. Die erstere begreife das letztere immer unter sich, aber nicht das genus die gens. Denn der Ausdruck *genus* werde blos von Verwandten der geraden Linie, von Ascendenten und Descendenten gebraucht. Dieß beweise schon die Abstammung des Worts. *Genus* sey von *geno* benannt, welches die Alten für gigno gebrauchten. Das Wort *gens* hingegen begreife die Agna-

22) Παρεργῶν iuris Lib. I. cap. 12. pag. 14. sq. (*Lugduni* 1539. 8.)

23) *De Oratore* Lib. I. cap. 39.

24) *Lib. X. Cap.* 8.

25) *Iac.* RAEVARDUS Variorum s. de iuris ambiguitatib. Lib. V. Cap. I. *Operum* (*Lugduni* 1623. 8.) Tom. I. pag. 623. sqq.

ten und Gentilen unter sich. Er beruft sich auf eine alte Inscription, auf welcher von vermachten Gärten folgendes geschrieben steht: *Excepitque, ne quis eos venderet, sed per* GENUS *ipsorum possessio curreret, vel per adgnatos vel manumissos.* Eine gens sey nämlich wieder in stirpes, oder familiae eingetheilt worden. Sie bestand also aus mehreren Familien. Die zu einer Familie gehörten, hießen *agnati*, die aber blos denselben Namen führten, gehörten zu derselben *gens*, und waren *gentiles* [26]). Daher habe das ius stirpis ein näheres Recht zur Erbschaft gegeben, als das ius gentilitatis, und nur dieses unterscheide Cicero an dem vom Alciat angeführten Orte [27]); und dieser Unterschied scheine auch unserm Papinian nicht unbekannt gewesen zu seyn.

Franz Duaren [28]) hat sich über diesen Unterschied nicht bestimmt erklärt. Doch sieht man so viel, daß er den Ausdruck *gens*, mit Beziehung auf die bekannten Stellen des Cicero, von solchen Verwandten erklärt, die einerley Namen führen, das Wort *genus* aber von solchen, die zwar eiusdem sanguinis, nicht aber eiusdem nominis sind, wie z. B. die Cognaten.

Jacob Cujaz [29]), der unserm Fragment einen

26) CICERO in *Top.* Cap. 6. *Gentiles* sunt, qui inter se eodem nomine sunt.

27) Man sehe über diese Stelle des Cicero auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 69. Not. 8. u. 9. §. 77. Not. 3.

28) Comm. in hunc Tit. Cap. 4. *Opp.* pag. 938.

29) Commentar. in Libr. III. Quaestionum Papiniani ad L. 1. D. h. t. Operum postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 82—84.

eignen Commentar gewidmet hat, bezieht dasselbe auf einen entstandenen Rechtsstreit über eine legitime Erbschaft. Er verwirft die Erklärung der Glosse als die allerungereimteste, nach welcher auch *genus* soviel als agnatio, und *gens* soviel als cognatio heißen könne. Denn die Gentilität sey durch jede Capitisdeminution verloren gegangen, aber nicht die Cognation [30]). Cujaz weicht auch vom Räwaerd darin ab, daß er unter *genus* nicht blos die Verwandten der geraden Linie versteht, sondern vielmehr dafürhält, daß diese Benennung sowohl auf Agnation als Cognation, d. h. sowohl auf die männliche als weibliche Linie sich beziehe, dahingegen das Wort *gens* nur die erstere allein umfasse.

Denys Godefroy [31]) führt blos an, was Rävard über gens und genus sagte, und bezieht übrigens dieses Fragment auf Successionen und Tutelen, welche den Agnaten und Gentilen pflegten deferirt zu werden.

Robert Joseph Pothier [32]) erklärt die Ausdrücke genus und gens gar nicht, sondern setzt blos bey haberet die Bemerkung hinzu, ad obtinendam hereditatem legitimam.

So stimmen nun also die meisten Ausleger darin überein, daß die Ausdrücke *genus* und *gens* sich auf Verwandtschaft beziehen sollen, insofern sie bey Erbstreitigkeiten, oder auch allenfalls bey gesetzlichen Tutelen zur Sprache kommen konnte. Allein dann war ja auch zwischen beyden kein Unterschied. Denn das Wort *gens* ent-

30) §. *ult. I. de legit agnator. tut.*

31) Not. ad L. nostr.

32) Pandect. Iustinian. Tom I. h. t. Nr. I. not. b. p. 633.

stand aus *genus*, vermuthlich durch Contraction. Daher werden beyde Ausdrücke in einerley Sinn sowohl von patricischen als plebejischen Geschlechtern genommen, wie aus mehreren Stellen der römischen Classiker [33]) erhellet. Anfangs glaubten freylich die Patricier, nur sie allein hätten gentem, wie Livius in der oben von Alciat angeführten Stelle sagt. Allein seitdem die Plebejer sich den Weg zu den curulischen Magistratsstellen gebahnt hatten, und ihrer Ehe mit Personen aus dem patricischen Geschlechte kein Gesetz mehr im Wege stand; so verschwand auch die Würde der Gentilität [34]), und gerade der oben erwähnte Fall bey Cicero beweiset, daß die Marceller, ob sie gleich nur Plebejer waren, dennoch, der Stirps oder der Familie nach, ein vorzüglicheres Recht zur Erbschaft des Verstorbenen hatten, als die patricische Familie der Claudier, welche sich auf die gens beriefen, und also keine Agnaten, sondern nur Gentilen waren [35]). So ungegründet hiernach Alciats Erklärung erscheint, eben so wenig läßt sich behaupten, daß Papinian noch an eine successio gentilitia gedacht haben sollte, da Cajus [36]) sagt: *gentilitium ius in desuetudinem ab-*

33) Cicero Orat. *pro L. Murena* c. 7. et *pro domo* cap. 14. Livius Lib. VI. cap. 37. Plinius in *Panegyr. Trajani* Cap. 69. Insonderheit sagt Festus: *Gentilis* dicitur, et *ex eodem genere* ortus, et is, qui *simili nomine* adpellatur.

34) S. *Ern. Mart.* Chladenii de gentilitate vet. Romanor. liber. sing. Cap. XII. §. 5. pag. 145. sqq.

35) S. Raevardus Varior. Lib. V. c. 1. *Oper.* Tom. I. pag. 625.

36) Collatio Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 2. in fin. in Hugo Iur. civ. Antejust. T. II. pag. 1469.

iisse, und deswegen für überflüßig hielt, davon in seinen Commentarien ausführlicher zu handeln, und eben so Ulpian[37]): *Nec gentilitia iura in usu sunt.* Ueberhaupt ist gar keine Nothwendigkeit vorhanden, das Fragment gerade auf Erbschaften oder Vormundschaften zu beziehen. Die Wörter *genus* und *gens* haben ja auch noch andere Bedeutungen, als die von Verwandtschaften. *Genus* kann zwar hier allerdings auch soviel, als Abstammung heißen, wie es auch Brisson[38]) erklärt; allein warum soll denn *gens* gerade eben so viel bedeuten, da unter den Kaisern theils durch die veränderte Verfassung, theils durch das Aussterben so vieler alten Geschlechter, theils durch die häufigen Adoptionen, und daher entstandene Veränderung und Vermischung der Namen, theils endlich durch die Mordsucht des Kaisers Antoninus Caracalla Name und Begriff von *gens* und *gentiles*, und das Recht der Gentilität so ganz erloschen und ausgerottet war, daß wohl zu Papinians Zeiten nicht leicht mehr die Frage davon seyn konnte, wem der Beweis hierüber aufzulegen sey[39])? Es scheint also das Wort *gens* hier eine ganz andere Bedeutung zu haben. Es ist bekannt, daß dieses Wort auch häufig soviel, als

37) Cit. loc. §. 4. pag. 1473.

38) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent. Significat. voc. *Genus*.

39) S. Chladenius de gentilitate Veter. Rom. Cap. 13. *Car. Frid.* Zepernick Disquis. de causis centumviralibus §. VII. in Syllog. Opusculor. adj. *Siccamae* de iudicio centumvirali *Halae* 1776. edito. pag. 249 — 251. von Savigny über die sacra privata der Römer, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. B. Nr. XV. S. 384.

natio, populus, civitas bedeutet [40]. Z. B. gens Cilicum [41], gens Booetorum [42]. In diesem Sinne nimmt hier der griechische Scholiast das Wort *gens*, und ich glaube, wir haben nicht Ursache, diese Erklärung zu verwerfen. Denn, nicht zu gedenken, daß die Scholiasten der Basiliken hauptsächlich die Erklärungen der alten Ausleger des Justinianeischen Rechts, eines Thaleläus, Cyrillus, Theodorus, Stephanus und anderer benutzt haben [43]; so war ja auch der Fall bey den Römern gar nicht selten, daß es auf die Frage ankam, an municeps quis sit, i. e. huius vel illius civitatis civis? denn es gab ja viele Völker, Nationen und Städte, die unter dem römischen Scepter standen, und doch nach ihren eignen Gesetzen lebten, und andere Freyheiten genoßen, welche daher *gentes liberae*, *civitates liberae* genannt wurden [44]. Wie wichtig konnte hier nicht die Frage seyn, ob Jemand zu einer solchen gens oder civitas gehöre? Von einem solchen Beweise handelt unter andern Papirius Justus *lib.* 2. *de constitutionibus* [45], wenn er daselbst sagt: Cum quaeritur, *an*

40) S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Gens* und Gesneri Thes. erud. Scholast. h. v.

41) Cicero *ad Div.* lib. XV. Ep. 1.

42) Livius Lib. XXXV. c. 47.

43) S. Bachii Histor. iurisprud. Rom. Lib. IV. Cap. I. Sect. III. §. 22. et Cap. II. Sect. III. §. 4. und *Andr. Guil.* Cramer Dispunction. iuris civ. liber sing. (*Suerini* et *Wismar* 1792. 8.) Cap. I. pag. 15.

44) Eine Menge Beyspiele hievon hat *Ez.* Spanhemius in Orbe Romano Exercit. II. Cap. 9. et 10. angeführt.

45) *L.* 38. §. 5. *D. ad Municipalem.*

municeps quis sit? ex ipsis etiam rebus probationes sumi oportere, nam solam nominis similitudinem ad confirmandam cuiusque originem satis non esse. Ueberhaupt lehrt auch der ganze Titel ad Municipalem, wieviel es auf den Geburtsort oder das Vaterland eines Römers ankam; besonders wenn von muneribus publicis, oder von der Competenz des fori die Rede war [46]. Denn in diesen Fällen imprimirte die Herkunft einen unauslöschlichen Character, welcher weder durch Veränderung des Wohnsitzes, noch durch Adoption aufgehoben wurde [47]. Kein Wunder, wenn daher ein Municeps zuweilen auch seine Herkunft verläugnete [48], oder läugnete, daß er aus der Stadt herstamme, welche ihm bürgerliche Lasten aufbürden wollte [49]. Hier kam es nun darauf an; wer als Kläger auftrat. Klagte die Stadt, so mußte sie die Herkunft ihres Municeps erweisen. Klagte aber letzter, so war dieser angewiesen, die Klage bey dem Präses der Provinz anzustellen, unter dessen Pflege diejenige Stadt stand, welche ihn zu den bürgerlichen Pflichten aufforderte, nicht bey der Behörde der Stadt, aus welcher er herzustammen behauptete; und ihm lag in diesem Falle der Beweis ob [50]. Daß auch bey

46) *L.* 29. *D. eodem.* *L.* 1. 3. *et* 5. *Cod. de municipibus.*

47) *L.* 7. *Cod. de adopt.* S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511.

48) *L.* 6. *pr. D. ad Municipalem.*

49) *L.* 37. *pr. D. eodem.*

50) *L.* 37. *pr. D. cit.* CALLISTRATUS *Libro I. de Cognitionibus.* De iure omnium incolarum, quos quaeque civitates sibi vindicant, Praesidum provinciarum cognitio est. Cum tamen se quis negat incolam esse, apud eum Praesidem provinciae agere debet,

der Streitfrage über Abstammung nach dem Geblüt (genus) ein solcher zweyfacher Beweis Statt haben konnte, lehrt die Novelle 36. wo es heißt: *ut ad genus probandum utraque pars probationes afferat* [51]. Hieraus erklären sich nun die Worte unsers Fragments: *genus vel gentem quis haberet, nec ne,* eum probare oportet, sc. qui agit, sive affirmet, sive neget [52]. Daß aber auch bey dem Streit über Verwandtschaft, der Kläger den Beweis übernehmen müsse, wenn er dem Beklagten die behauptete Verwandtschaft streitig macht, sofern er nämlich darin den Grund seiner Klage setzt, wird unten die *L.* 14. *D. h. t.* lehren. Der Sinn der erklärten Stelle wäre also der: So oft ein Streit über Verwandtschaft oder Herkunft entsteht, muß derjenige den Beweis übernehmen, der den Grund seiner Klage darin setzt, er behaupte sie

sub cuius cura est ea civitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se dicit oriundum esse: idque Divus Hadrianus rescripsit mulieri, quae aliunde orta, alibi nupta est.

51) Sehr richtig macht Cujacius in Exposit. Novellar. bey der Nov. 36. die Bemerkung: *Quod valde pertinet ad L. 1. D. de probat.*

52) Auch bey Sklaven konnte über die Nation derselben Frage entstehen. *L.* 31. §. 21. *D. de aedilit. Ed.* Es hat keinen Zweifel, daß derjenige, welcher die Klage aus dem Aedilizischen Edict darauf gründete, auch den Beweis führen mußte. Allein auf diesen Fall hat unser Fragment keine Beziehung. Denn bey Sklaven betraf die Nation die Qualität des Objects. Die Worte: genus vel gentem *quis* haberet, gehen aber auf das Subject.

nun entweder für sich, oder bestreite sie dem Beklagten.

L. 2. PAULUS *libro LXIX. ad Edictum* [53]). Ei incumbit prabatio, qui dicit: non [54]) qui negat [55]).

Paulus sucht hier durch eine allgemeine Regel die, schwierige Frage zu entscheiden, wem von beyden Theilen

53) Cod. Erl. hat blos den Namen Paul'. Haloander: PAULUS *lib. XLIX. ad Edictum.* Hugo a Porta in der Ausgabe *Lugduni* 1572. f. PAULUS *libro septuagensimo nono ad Edictum.* Eben so die Prachtausgabe *Parisiis* apud *Sebastianum Nivellium* 1576. f. Die Torellische Leseart haben jedoch die meisten, insonderheit Baudoza, Russard, Charondas, Godefroy und Gebauer. Dieselbe nimmt auch *Abr.* WIELING in Iurisprud. restituta T. I. pag. 175. an. Die Göttinger Ausgabe hat diese Varianten nicht bemerkt.

54) Nach non macht Haloander ein Comma. Cod. Erlang. hat nach den Worten: qui dicit das Zeichen ! und nach negat ein Punctum. Lieset übrigens: non *illi* qui negat.

55) Die *Basilica* Lib. XXII. Tit. 1. Const. 2. stimmen genau mit unserm Fragment überein. Es heißt daselbst: Παυλ. Ὁ λέγων, οὐ μὴν ὁ ἀρνούμενος, ἀποδεικνυει. i. e. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Mit denselben Worten stellt auch HARMENOPULUS in seinem Προχειρον νομων oder Promptuarium iuris Lib. I. Tit. II. §. 8. die Regel des Paulus auf; und in dem von Senkenberg edirten Brachylogus iuris civ. s. Corpus Legum paulo post Iustinianum conscriptum Lib. IV. Cap. 14. pag. 225. lehrt der Verfasser ganz derselben gemäß: Quum vero quaestio facti est; qui di-

im Prozeß die Last des Beweises obliege? So wichtig diese Frage für den Richter ist, so angelegentlich hat man sich in unsern Tagen bestrebt, dieselbe auf das genaueste zu erörtern; und gewiß haben sich in dieser Lehre Weber und Borst durch ihre unübertreflichen Schriften über Beweislast im Civilprozeß ein bleibendes Verdienst erworben. Ich beschränke mich hier blos auf mein Fragment. Paulus setzt hier dem, *qui dicit*, denjenigen entgegen, *qui negat*, und legt dem erstern die Beweislast auf, von welcher er den letztern befreiet. Alles kommt demnach auf die richtige Erklärung des Worts *dicere* an. Viele erklären nun dasselbe durch *affirmare*, und glauben daher den Sinn des Paulus vollkommen getroffen zu haben, wenn sie die Regel aufstellen: Nur dem, der etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf, oder wie man sie auch ausdrückt: *adfirmanti incumbit probatio, non neganti.* Schon in den Scholien der Basiliken[56]) heißt es: *Σημείωσαι νόμιμον γενικόν, ὅτι ὁ διαβεβαιούμενος, οὐχ ὁ ἀρνούμενος βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ἀρνήσεως γὰρ οὐκ ἔστιν ἀπόδειξις, πλὴν εἰ μὴ προλήψει ἐναντιοῦται ἡ ἄρνησις.* i. e. *Nota regulam generalem, eum, qui adfirmat, non eum, qui negat, onus prabationis subire: negationis enim probatio non est, nisi si negatio praesumtioni adversetur.* Die Glosse des Civilrechts macht blos aus dieser Regel

cit factum esse aliquid, probare debet. *Ei enim incumbit probatio, qui dicit: non ei, qui negat.* Factum enim negantis, naturali iure, nulla est probatio.

56) Basilica FABROTI Tom. III, pag. 23.

zwey, sonst stimmt sie ganz mit jener Erklärung überein. Diese Regel pflanzte sich nun weiter fort, und fand nicht nur unter den Rechtsgelehrten viel Anhänger, sondern ging auch in die Decretalen der Päbste über [57]. Weil aber dennoch nicht nur mehrere Stellen in diesem Titel [58] die Ueberzeugung geben, daß der Beweis einer Verneinung nicht nur möglich, sondern auch oft nothwendig sey, überdem den Päbsten selbst Fälle zur Entscheidung vorgetragen wurden, wo sie nicht anders, als der verneinenden Parthey, den Beweis auflegen konnten [59]; so suchten die Glossatoren des Canonischen Rechts durch den sonderbaren Unterschied zwischen einer negativa *iuris, facti* et *qualitatis* [60], die Civilisten aber dadurch die Sache ins Reine zu bringen, daß sie für solche Negationen eine Ausnahme machten, quae vim affirmandi habent [61]. Allein wie wenig dadurch die Lehre gewann, zeigten die neuern Rechtsgelehrten, welche in ihren Schriften jene Regel auf mancherley Art zu berichtigen suchten, wie aus dem treflichen Werk des Weber [62] zu ersehen

57) *Cap.* 11. *et* 12. *X. h. t. cap.* 23. *X. de elect.* S. Weber in der angef. Schrift, S. 209 — 217.

58) *L.* 5. *L.* 8. *L.* 15. *h. t.* Mehrere Beyspiele geben *L.* 11. *L.* 13. *L.* 14. *C. h. t. L.* 10. *D. de Verb. Obl. L.* 5. *C. de Codicil. L.* 5. *C. de iniur.*

59) *Cap.* 5. *X. de renunciat.*

60) S. *J. H.* BOEHMERI ius Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 19. §. 5.

61) S. *Jac.* CUJACIUS Commentar. in Lib. III. Quaestion. *Papiniani* ad L. 1. D. de probat. et Comment. in Lib. LXIX. *Pauli* ad Edictum ad L. 2. eod.

62) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Abschn. §. 2. S. 157. ff.

ist. Doch wieder auf das Wort *dicere* zurückzukommen, so läßt sich darunter eben sowohl eine verneinende, als bejahende Behauptung begreifen: Es heißt hier soviel, als etwas vorbringen, oder behaupten, was zur Begründung einer Klage oder Einrede gehört, es mag das Seyn oder Nichtseyn einer bestrittenen Thatsache betreffen. Daher ist der Kläger in Rücksicht der Klage, der Beklagte aber in Hinsicht der Einrede is, qui dicit; mithin muß der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte aber den Grund seiner Einrede beweisen, wie die nachfolgenden Fragmente [63]) lehren werden. Nun läßt sich auch gar leicht darnach bestimmen, welcher derjenige sey, *qui negat;* nämlich nicht derjenige, welcher etwas überhaupt verneinet, sondern derjenige, der die Thatsache abläugnet, welche der andere Theil zur Begründung seiner Intention gegen ihn angeführt hat. Wenn also der Beklagte den factischen Grund der Klage, oder der Kläger den factischen Grund der Einrede läugnet; so ist er der negirende Theil, und es bringt schon die Natur der Sache mit sich, daß demjenigen, welcher abläugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, der Beweis nicht aufgelegt werden könne, auch selbst dann nicht, wenn der Gegner seine Behauptung zu erweisen nicht vermag, wie die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 23. *Cod. de probat.* an den Menelaus rescribirt haben: Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate probandi contrarium non adstringit: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* Wenn also der Kläger selbst gesteht, daß er seine Behauptung zu beweisen nicht im Stande

63) *L.* 19. *pr.* *L.* 21. *in fin. D. h. t.*

sey, so kann er nicht von dem Beklagten verlangen, daß dieser nun das Gegentheil von der Behauptung des Klägers beweisen solle; nicht darum, als ob überhaupt derjenige, der etwas verneinet, eben dadurch von allem Beweise frey sey; denn das würde mit andern gesetzlichen Vorschriften dieses Titels, welche in der Folge vorkommen werden, im offenbaren Widerspruche stehen, auch nicht deswegen, als ob eine Verneinung sich per rerum naturam gar nicht beweisen lasse; dieß wäre nur dann der Fall, wenn der Beweis einer Verneinung ohne alle Beschränkung auf Zeit und Ort geführt werden sollte; ausserdem läßt sich das Nichtseyn einer Thatsache so gut, als deren Seyn erweisen; denn wo bliebe sonst der Gegenbeweis? sondern weil vernünftigerweise derjenige mit keinem Beweise belastet werden kann, welcher eine gegen ihn angeführte Thatsache abläugnet [64]. So erklärt sich nun auch ein anderes Rescript eben dieser Kaiser, nämlich *L.* 8. *C. h. t.* wo es heißt: Frustra veremini, ne ab eo, *qui lite pulsatur* (nämlich wenn der Beklagte die Klage läugnet) probatio exigatur. Man macht nun zwar in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Verneinung oder Abläugnung eine Rechtsvermuthung gegen sich hat. Allein die Rechtsvermuthung befreit nicht schlechterdings denjenigen von der Beweislast, der sie für sich hat, sie bewirkt nur soviel, daß derjenige, welcher seine Klage oder Einrede auf eine solche Thatsache stützt, die von dem Gesetz aus einer andern gefolgert wird, nun freylich nicht weiter nöthig habe, die vom Gesetz gefolgerte Thatsache zu beweisen. Nur in dieser Hinsicht ist

64) S. Weber a. a. O. Abschn. 6. §. 3. S. 187. ff. und Borst über die Beweislast im Civilprozeß. §. 18. ff.

es wahr, daß eine gesetzliche Vermuthung vom Beweise befreie. Er muß aber doch eine andere beweisen, welche den Vermuthungsgrund enthält [65]). Noch einen Beleg zu unserer *L.* 2. giebt *L.* 1. *C. h. t.* wo die Kaiser Severus und Antoninus an einen gewissen Faustinus auf folgende Art rescribiren: Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere [66]) cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet. Klagt ein Gläubiger aus einem Darlehn, und der Beklagte läugnet den Empfang des Geldes; so muß der Kläger die Numeration beweisen. Dem Beklagten liegt natürlicher Weise kein Beweis ob [66]). Denn er bestreitet ja den Grund der Klage. Kann der Kläger jenen Beweis nicht beybringen, so muß der Beklagte von der Klage entbunden werden [67]). Be-

65) Nach der gewöhnlichen Interpunction steht das Komma nach numeratam. Allein das numeratam ist richtiger mit implere zu verbinden, und das Komma nach pecuniam petit, zu setzen, wie auch schon SALMASIUS de modo Usurarum Cap. XI. pag. 472. dafürhielt. Wenn er jedoch für petit, lieber tradidit lesen will, so ist dazu keine Nothwendigkeit vorhanden. Zwar bemerkt *Charondas* die Leseart tradit. Allein die richtigere Leseart ist unstreitig petit. *Charondas* bemerkt auch, daß in seinem Codex Auredaneus implere intentionem cogitur gelesen werde. Es heißt aber *implere*, wie schon die Glosse des Accursius bemerkt, hier soviel als beweisen, und bezieht man das Wort numeratam darauf, so ist intentionem ganz überflüßig.

66) So ist die *L.* 10. *Cod. de non num. pecunia* zu verstehen, wenn es daselbst heißt: Negantis numerationem naturali ratione probatio nulla est.

67) GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. hätte sich

hauptet hingegen der Beklagte, er habe das Darlehn schon wieder bezahlt, so muß er den Beweis seiner Behauptung übernehmen, wenn der Kläger diese Einrede läugnet. Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er zur Bezahlung verurtheilt werden.

Fassen wir nun alles zusammen, so enthält unser Fragment folgenden Grundsatz, der uns den wahren Sinn desselben in seinem ganzen Umfange darstellt. **Wer ein Factum vor Gericht anbringt, und dadurch eine Klage, oder Einrede, Replic oder Duplic zu begründen sucht, muß sein Anbringen, wenn es sein Gegner als unwahr bestreitet, so weit es zur Begründung seiner Intention erforderlich ist, und ihn nicht eine gesetzliche Vermuthung davon befreiet, um zu siegen, beweisen; seine Behauptung mag das Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache betreffen. Der Beweis kann seinem Gegner, dem Läugnenden, nicht aufgebürdet werden.**

Lib. 3. PAPINIANUS [68]) *Libro non Responsorum.*

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur [69]),

hier, als Richter, nicht sollen irre führen lassen, durch den Philosophen **Favorinus**, um zu dem eidlichen Bekenntniß, *sibi non liquere* seine Zuflucht zu nehmen.

68) Cod. Erl. hat Paul'.

69) Nach datur hat C. Erl. ein Punctum. In den *Basilicis* T. III. pag. 1. heißt es: Ότε δοθῇ τι τῷ μὴ δυναμένῳ κατὰ νόμους λαβεῖν ληγάτον ἀπὸ τοῦ γραφέντος ἐν τῇ πρώτῃ καὶ δευτέρᾳ διαθήκῃ κληρονόμου

qui tam in primo [70]) quam in secundo testamento pro eadem parte, vel postea pro maiore heres scribitur: probatio mutatae voluntatis [71]) ei debet incumbere, qui convenitur: cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat [72]), eos ita [73]) heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Tacitum fideicommissum wird in den Gesetzen eine Erbschaft oder Vermächtniß genannt, so einer unfähigen Person heimlich gegen das Verbot der Gesetze durch Vermittelung einer erbfähigen Person hinterlassen worden ist. Solche Fideicommisse erfand man in fraudem legum. Wenn nämlich ein Römer einer Person eine Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder ein Vermächtniß zuwenden wollte, welcher im Testament entweder gar nichts, oder nicht soviel hinterlassen werden konnte, als der Testirer wollte; so setzte er eine fähige Person zum Erben ein, und ließ sich von derselben heimlich, mündlich oder schriftlich, versprechen, daß sie die Erbschaft oder das Vermächtniß, so wie es der Testirer wünschte, der ihr genannten unfähigen Person wieder abtreten wolle [74]).

i. e. *Cum ei, qui non potest secundum leges capere legatum ab eo datur, qui scriptus est in primo et secundo testamento heres.*

70) Haloander macht nach primo ein Komma. Eben so Baudoza.

71) Cod. Erl. voluntatis mutatae.

72) Haloander persuadet.

73) Cod. Erl. ita eos.

74) Brissonius de Verbor. iur. Signif. voc. *Tacitus* nr. 2. Ganz etwas anders ist *fideicommissum tacitum*, i. e.

Dergleichen Fideicommisse waren nichts Seltenes, wie die Beyspiele bey Cicero [75]) und Quinctilian [76]) beweisen. Ja Paulus hatte ein ganzes Buch *de tacitis fideicommissis* geschrieben [77]). Aus dem Justinianeischen Gesetzbuche sind folgende Stellen merkwürdig. *L.* 103. *D. de legatis I.* wo Julian (*lib.* 83. *Digestorum*) sagt: In *tacitis fideicommissis* fraus Legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest [78]). — *L.* 10. *pr. D. de his, quae ut indignis aufer.* (CAJUS *lib.* 15. *ad L. Juliam et Papiam.*) In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur: sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit. Man sieht hieraus, 1) daß ein tacitum fideicommissum durch ein heimliches Einverständniß mit dem Erben mußte eingegangen worden seyn. War also der Erbe

quod tacita voluntate testatoris relinquitur. S. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 3.

75) *De finib. bonor. et malor.* Lib. II. c. 17. et *in Verrem* Lib. XLI. cap. 47.

76) QUINCTIL. *Institut. orator.* Lib. IX. c. 2. Verb. Nam quia per leges institui uxor non poterat heres, id fuerat actum, ut ad eam bona *per hoc tacitum fideicommissum* pervenirent.

77) *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. *Abr.* WIELING Iurispr. restituta. pag. 207.

78) Fast mit denselben Worten sagt das Nämliche auch Callistratus *L.* 3. *pr. D. de iure fisci.*

palam, d. h. in einem Testament oder Codicill gebeten worden, einer unfähigen Person die Erbschaft, oder einen Theil derselben wieder abzutreten; so war dieses kein tacitum fideicommissum. Non intelligitur fraudem legi fecisse, sagt Callistratus *libro* 3. *de iure fisci* 79), qui rogatus est *palam* restituere. Das Vermächtniß war zwar ungültig, aber doch nicht strafbar, es wurde pro non scripto gehalten. Ein Anders war, wenn der Testirer zwar das Fideicommiß im Testament angeordnet, aber die Person des Fideicommissars nicht genannt hatte 80). War dieses in fraudem legum geschehen, so entschuldigte den Erben nicht, daß die Anordnung des Fideicommissars im Testament enthalten war. Es war dennoch ein tacitum fideicommissum, wie Marcellus 81) lehrt. 2) Der Fideicommissar muß schon zur Zeit des Testaments unfähig gewesen seyn. War er zu der Zeit erbfähig, allein zur Zeit des Todes des Erblassers in den Zustand gerathen, wo es ihm von den Gesetzen verboten ist, das ihm zugedachte Erbtheil zu empfangen; so geht zwar das Fideicommiß zu Grunde, es bleibt aber doch bey dem Erben, weil ihm hier kein Betrug zur Last fällt. Ein Anders wäre, wenn sich der Erbe auch auf diesen Fall dem Erblasser heimlich anheischig gemacht hätte, das Fideicommiß zu restituiren. Nun artet es in ein tacitum fideicommissum aus 82). 3) Der Erbe muß ein gewaltfreier Mensch seyn, der nicht aus Gehor-

79) *L. 3. pr. D. de iure fisci.*

80) Ein Beyspiel davon hat QUINCTILIANUS *Declamat. CCCXXV.*

81) *L.* 123. §. 1. *D. de legat. I.*

82) *L.* 10. §. 1. *D. de his, quae ut indignis.*

sam gegen den Erblasser verbunden war, das Fideicommiß zu übernehmen. Wenn also der Vater seinem Sohne, der noch unter der väterlichen Gewalt steht, ein geheimes Fideicommiß anbefohlen hätte, so entschuldiget den Sohn die Pflicht des Gehorsams [83]).

Die erste lex [84]), welche die tacita fideicommissa verbot, war die *Lex Julia caducaria* oder *Papia Poppaea*. Nach diesem Gesetz sollten sie dem Erben entrissen und dem Staate zugeeignet werden. (*Populo vindicantor* [85]). Das Senatusconsultum Plancianum, wahrscheinlich unter Vespasian gemacht [86]), gestattete überdem auch dem Erben nicht, die quarta von einem solchen tacito fideicommisso abzuziehen, sondern erweiterte jenes Gesetz dahin, daß auch diese, und zwar jetzt, nämlich seit Caracalla [87]), an den kaiserlichen Fiscus verfallen seyn solle, welches nachher nochmals durch ein Rescript des Kaisers Divus Pius bestätigt wurde. Es handeln hiervon folgende Stellen. *L.* 59. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.* wo Modestin (*lib.* 9. *Pandectarum*) sagt: Praeterea qui non capienti rogatus est resti-

83) *L.* 10. §. 2. *D. eodem.* *L.* 13. *D. ad L. Falcid.*

84) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 274. S. 400. der 5ten Aufl.

85) S. *Io. Gottl.* Heineccii Commentar ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. cap. 9. §. 6. et 7.

86) S. *Andr. Guil.* Crameri D. Vespasianus, sive de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Ienae* 1785. 8. pag. 143—146.

87) Ulpianus *Tit. XVII.* §. 1. Hodie ex Constitutione Imp. *Antonini* omnia caduca *fisco* vindicantur.

tuere hereditatem, *Senatusconsulto Planciano* [88]) non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex Rescripto *Divi Pii.* —— *L.* 11. *D. de his, quae ut indign. aufer.* Hier sagt Papinian (*lib.* 15. *Quaestion.*) Heres, qui tacitam fidem *contra Leges* accommodavit, in ea parte, *quae* [89]) fraudem adhibuit, *Falcidia* non utitur, *et ita Senatus censuit.* —— *L.* 17. §. 2. *D. de Usuris*, aus Paulus *lib. singulari de Usuris*, wo es heißt: In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum, et fisco praestandum *Divus Pius* rescripsit. Ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi. Begreift jedoch das tacitum fideicommissum nicht die Restitution der ganzen Erbschaft, so kann von dem übrigen Theile des Nachlasses, welcher nicht in fraudem legis mit einem Fideicommiß belegt worden ist, die Quarte abgezogen werden, wie Papinian in der angeführten *L.* 11. *D. de his, quae ut indign.* lehrt: Sed si maior modus institutionis, quam fraudis fuerit, quod

88) *Jo. Aug.* Bach in D. Trajano, sive de Legibus Trajani Imp. Commentar. (*Lipsiae* 1747. 8.) p. 50. sqq. sucht zwar gegen Heineccius zu behaupten, daß das SCtum *Plancianum* das erste Gesetz sey, welches die tacita fideicommissa namentlich verboten habe. Allein Cramer cit. Commentar. pag. 147. sqq. hat deutlich dargethan, daß seine Gründe nicht überzeugen.

89) Haloander und Baudoza lesen in qua. Diese Leseart billiget auch Russard. Cramer c. l. p. 149. will qua oder quoi d. i. cui lesen.

ad *Falcidiam* attinet, de superfluo quarta retinebitur [90]).

In einem andern Kapitel des Plancianischen Senatusconsults war noch verordnet, daß derjenige, welcher einer unfähigen Person ein Fideicommiß zu restituiren, dem Testirer in fraudem legis angelobt hätte, nicht nur die Quarte, sondern auch das Accrescenzrecht verlieren solle, welches ihm sonst in dem Falle, da er Kinder hatte, in Ansehung eines vacanten Erbtheils nach den Gesetzen zugestanden hätte [91]). Die Lex Julia caducaria hatte nämlich verordnet, wenn einer von den Miterben wegfiele, und die ihm im Testamente zugedachte Erbportion nicht erhielte, so sollte dieser caduc gewordene Erbtheil nicht, wie nach dem alten Recht, den übrigen Miterben accresciren, sondern der Staatskasse zufallen. Eine Ausnahme sollte jedoch in dem Falle statt haben, wenn der Testirer seine Kinder, oder Eltern, und zwar diese bis zum dritten Grade, oder auch fremde Personen zu Erben eingesetzt hätte, welche Kinder haben. In diesen Fällen sollte den Erben die pars caduca, wie nach dem alten Recht üblich war, accresciren [92]). Dieses Accrescenzrechts machte sich nun auch der Erbe in dem Falle verlustig, da er ein tacitum fideicommissum übernommen hatte. Ulpian [93]) hat uns dieses zweyte Kapi-

90) S. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten. §. 1136. S. 831.

91) Cramer c. l. pag. 157. sq.

92) Ulpianus *Fragm. Tit. XVIII.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 617. sq. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 3. pag. 383. sqq.

93) *Fragm.* Tit. XXV. §. 17. Schulting ad h. L. in Iu-

tel des Senatusconsults in folgenden Worten hinterlassen. Si quae in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, *nec quadrantem eum deducere, Senatus censuit: nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

Da die Lex Julia caducaria Belohnungen darauf gesetzt hatte, wenn Jemand dem Staats-Aerarium caduca anzeigen würde [94]; so fügte Trajan in einem Edict hinzu, daß auch der Incapax selbst, so lange ihm noch keiner zuvorgekommen wäre, das Recht haben sollte, dasjenige, was ihm nach dem Willen des Erblassers ungültig hinterlassen war, dem Fiscus anzuzeigen; worauf er dann zur Belohnung die Hälfte davon behalten, oder erhalten sollte, je nachdem er entweder schon im Besitz wäre, oder nicht [95].

Ein tacitum fideicommissum muß übrigens bewiesen werden. Bloße Vermuthungen sind dazu nicht

risprud. Antejust. pag. 664. et *Jo.* Cannegieter Notae ad h. L.

94) Tacitus Annal. Lib. III. cap. 28. Suetonius in Nerone. c. 10. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 10.

95) *L.* 1. *pr. L.* 13. 15. 16. 42. *pr.* et *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. Bach Trajanus pag. 44. sqq. Auf dieses Edict von Trajan geht auch das von Niebuhr zu Verona entdeckte Bruchstück aus einem alten unbekannten Röm. Juristen, welches von Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 3. B. S. 159 — 162. und S. 306 — 308. erläutert hat.

hinreichend. Papinian erläutert dieses *libro XIV. Responsorum* [96]) durch folgenden Fall: Si gener socerum heredem reliquerit, *taciti fideicommissi suspicionem* sola ratio paternae adfectionis non admittit. Der Erblasser hatte nämlich eine Frau hinterlassen, welche, ausser der decima matrimonii nomine, und dem Nießbrauch vom dritten Theile der Güter, nach der Lex Julia [97]) nichts erhalten konnte. Er hatte daher seinen Schwiegervater zum Erben eingesetzt. Die Intestaterben schöpften daraus einen Verdacht, das Testament möchte in fraudem legis decimariae gemacht, und der Schwiegervater durch ein tacitum fideicommissum verpflichtet worden seyn, die Erbschaft seiner Tochter, nämlich der Wittwe des Erblassers, zu restituiren. Allein Papinian erklärt diesen Verdacht für ungerecht. Der Grund, daß der Erblasser den Schwiegervater zum Erben eingesetzt hat, sey noch kein Beweis eines solchen geheimen Verständnisses [98]). Dazu werden manifestissimae probationes erfordert, wie Callistratus *lib.* 3. *de iure fisci* [99]) sagt: Tacita autem fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur chirographum, quo se cavisset, cuius fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti pervenerit, restituturum. Sed

96) *L. ult. D. de his, quae ut indig. aufer.*

97) Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 14. pag. 259. sqq.

98) S. Heineccius c. l. §. 7. pag. 273. Pothier Pandect. Justinian. T. II. Lib. XXX. de legatis. Nr. CCCXCIV. not. e. pag. 353. und Westphal von Testamenten. §. 1140.

99) *L. 3. §. 3. D. de iure fisci.*

et *ex aliis probationibus manifestissimis* idem fit. Nur ein Fall wird ausgenommen, wo die Vermuthung eintreten soll, nämlich wenn der Testirer zwar den Erben im Testament gebeten, die Erbschaft zu restituiren, aber die Person, welcher er sie wieder abgetreten haben will, im Testament nicht angezeigt hat, wie Marcellus[100]) lehrt, wenn er *libro singulari Responsorum* folgenden Fall vorträgt: In testamento ita scriptum est: *Cajo Sejo illud et illud heres meus dato: et te rogo, Seji, fideique tuae mando, uti ea omnia, quae supra scripta sunt, reddas sine ulla mora, ei redde res ipse.* Quaero, an tacitum fideicommissum sit, cum personam testator, cui restitui vellet, testamento non significaverit? MARCELLUS respondit, si in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodasset: nihil ei prodesse potest, si his verbis paterfamilias cum eo locutus esset: *non enim ideo circumvenisse minus leges existimandus est, cum perinde incertum sit, cui prospectum voluerit.*

Von einer andern Vermuthung ist in unserer *L.* 3. *de probat.* die Rede. Der Erblasser hatte den Erben, welchem er in dem ersten Testamente ein tacitum fideicommissum aufgelegt hatte, nachher in einem zweyten Testament abermals zum Erben ernannt. Der Erbe wird deshalb in Anspruch genommen. Das Fideicommiß selbst war hier keinem Zweifel unterworfen. Vermuthlich hatte sich der Testirer, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, von dem Erben einen Revers (cautio) aus-

100) *L.* 123. §. 1. *D. de legat. I.*

stellen lassen [1]). Es kann auch wohl seyn, daß der Fideicommissar sich selbst bey den Procuratoren des Fiscus deferirt hatte, um wenigstens die Hälfte des Fideicommisses, als Belohnung, sicher zu erhalten. Genug der Fiduciar wird von dem Fiscus, dem deswegen sogar eine actio in rem gestattet ist [2]), belangt. Der Erbe schützt vor, der Testirer habe durch das zweyte Testament das erste, und mit demselben auch das Fideicommiß wieder aufgehoben. Wäre das Fideicommiß in dem ersten Testamente palam hinterlassen worden, so hätte freylich der Erbe Recht, wenn er behauptet, das Fideicommiß sey aufgehoben, weil es in dem zweyten Testamente nicht wiederholt worden ist. Allein hier ist von einem tacito fideicommisso die Rede. Bey diesem gilt der Schluß von der Aenderung des Testaments auf die Aufhebung des Fideicommisses nicht. Es ist vielmehr zu vermuthen, der Testirer, welcher das Testament geändert, und doch die Person des Erben nicht geändert hat, habe, wegen des geheimen Verständnisses mit dem Erben, blos um den Betrug noch mehr zu verbergen, das Testament geändert, um dadurch den Glauben zu erwecken, als sey das Fideicommiß aufgehoben, welches gleichwohl der Testirer geleistet wissen wollte, und weshalb sich ihm der Erbe insgeheim verpflichtet hatte. Dem Erben liegt also billig der Beweis ob, daß der Testirer durch die Aenderung des Testaments wirklich die Absicht gehabt habe, das Fideicommiß aufzuheben. So klärt sich nun der Grund auf, den Papinian anführt: *cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita he-*

1) *L. 48. pr. D. de iure fisci.*

2) *L. 43. D. eodem.*

redes scribere, quorum fidem elegerunt.[3]). Der Ausdruck *secreti suscepti ratio* heißt hier soviel, als tacitae fidei, testatori ab herede contra leges accommodatae, ratio. *Domini rerum* sind die Testatoren. *Persuadeat, eos ita heredes scribere*, d. h. Solent testatores, ut fraudi suae maiorem nubem obiiciant, mutare testamentum, et in secundo testamento eosdem scribere heredes, quorum fidem scilicet tacitam elegerunt, ut fideicommissum mutatum esse intelligeretur, quod nihilo tamen minus praestari volebant. Sehr treffend sagt der griechische Scholiast der Basiliken[4]): ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γὰρ ἐκείνους ἐν δευτέρᾳ διαθήκῃ γράφειν εἰώθαμεν κληρονόμους, οἷς ἅπαξ τὰς ἀποῤῥήτους ἡμῶν ἐθαῤῥήσαμεν γνώμας. i. e. *Plerumque enim in secundo testamento eos heredes scribere solemus, quibus semel secretam voluntatem nostram commisimus.*

L. 4. PAULUS *libro sexto Responsorum* respondit.[5]).

3) Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Iac.* CUIACII Commentar. in lib. IX. Responsor. Papiniani ad L. 3. D. de probat. *Operum a Fabroto* editor. Tom. I. pag. 389. *Franc.* DUARENI Comment. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 936. *Anton.* FABRI Coniecturar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 3. pag. 601. (*Aurel. Allobrog.* 1609. f.) und *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. V. cap. 2. nr. 7.

4) Βasiliκῶν Tom. III. pag. 24.

5) *Respondit* fehlt in unserm Cod. Erl. es steht auch nicht bey Haloander und Baudoza.

Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur [6]), antequam emeret [7]), fugisse [8]).

Wenn der Sklave nach der Uebergabe dem Käufer entlief, das heißt, die Wohnung seines neuen Herrn verließ, in der Absicht, nicht wieder zurückzukehren; so war er ein Flüchtling (servus fugitivus) [9]). Konnte aber deswegen der Käufer actione redhibitoria gegen den Verkäufer klagen? Es kam darauf an, ob er beweisen konnte, daß der Sklave auch schon vor dem Kaufe ein fugitivus war. Diesen Beweis muß der Käufer übernehmen, denn es ist eine Thatsache, welche zur Begründung seiner Klage gehört, weil der Fehler schon vor dem Contract da gewesen seyn muß [10]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird angenommen, der Sklave sey erst bey dem Käufer ein Flüchtling geworden, und dann ist dieß ein neuer Fehler, für welchen der Verkäufer nicht stehen darf [11]). Wieweit aber der Sklave, in Ermangelung anderer Beweismittel, deshalb auf die Tortur gebracht werden könne, und seinem Geständniß zu glauben sey, wird die *L.* 7. *D. h. t.* lehren.

---

6) Haloander liefet queritur.

7) Die *Basilica* Tom. III. pag. 1. haben: πρὸ τῆς πράσεως, *ante venditionem*.

8) Ausser dem letztern Punct hat Cod. Erl. keine weitern Interpunctionen.

9) *L.* 17. §. 1—3. *D. de aedilit. Edicto.*

10) S. den 20. Th. dieses Commentars §. 1108. S. 57.

11) *L.* 54. *D. de aedilit. Edicto.* *L.* 3. *Cod. de aedilit. actionib.*

L. 5. IDEM *Libro nono Responsorum.*

Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab [12]) aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere [13]). Idem [14]) respondit, si quis negat [15]) emancipationem recte [16]) factam, probationem ipsum praestare debere [17]).

Soviel den ersten Theil dieses Gesetzes anbetrifft, so ist hier nicht von dem Falle die Rede, wenn über das Daseyn eines gesetzlichen Verbots gestritten wird. Denn wäre dieß der Fall, so könnte wohl der Beweis von keiner Parthey verlangt werden; weil der Richter das Gesetz selbst kennen muß, und seine Kenntniß nicht erst aus der Beweisführung der Partheyen schöpfen darf. Es ist vielmehr, wie Weber [18]) ganz richtig bemerkt, hier von Befugnissen die Rede, die an sich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind. Behauptet nun eine Parthey vor Gericht, ihr Gegner gehöre zu diesen Personen, welche das Gesetz von einem gewissen Rechte

12) Ab steht bey Haloander nicht.

13) Haloander hat oportet.

14) Haloander Ideoque.

15) Haloander neget.

16) Haloander rite.

17) Haloander ipsum praestare debere probationem. Eben so Baudoza. Cod. Erl. stimmt ganz mit der Torellischen Leseart überein. Er hat aber nur nach oportere, und nach debere ein Punct.

18) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. II. Not. 1. S. 19. f. Man vergl. auch *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaest. Lib. II. cap. 1.

ausschließt [19]); so kann sie nicht verlangen, daß ihr Gegner seine Rechtsfähigkeit beweise, sondern dieser erwartet vielmehr billig den Beweis von dem, welcher ihm dieselbe streitig macht. Z. B. eine Parthey macht der andern die gesetzmäßige Fähigkeit zur gerichtlichen Rechtsverfolgung (legitimam personam standi in iudicio) streitig. Hier muß ihr der Beweis des behaupteten Mangels aufgelegt werden, denn sie behauptet etwas, was zu den Ausnahmen des gemeinen Rechts gehört [20]).

Der andere Theil des Gesetzes betrifft den Fall, wenn die Partheyen darüber, ob die vorgeschriebene Form bey einem Rechtsgeschäft beobachtet worden sey, oder nicht, im Streite befangen sind. Der Streit hat hier die Gültigkeit einer Emancipation zum Gegenstande. Er betrifft also ein schon vollzogenes Geschäft. Es ist sehr natürlich, daß derjenige, welcher ein Geschäft, das er selbst vollzogen hat, wieder aufgehoben wissen will, den Beweis übernehmen müsse, daß dasselbe wegen Mangels an gesetzlicher Form ungültig war. Behauptet also der Vater, wie sich die griechischen Scholiasten [21]) den Fall gedenken, der Sohn, der als ein homo sui iuris sich gerirt, sey nicht auf eine gesetzmäßige Art emancipirt worden; so muß er die Ungültigkeit der Emancipation, als den Grund seiner Klage beweisen, und dieser Beweis liegt ihm um so mehr ob, da er den Zustand, den er selbst aufhob, oder

19) Die *Basilica* T. III. pag. 2. Const. 5. haben *κωλύεσθαι τινος δικαίου*, welches dem prohiberi ab aliquo iure vollkommen entspricht.

20) S. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XCVI. Th. 9. et Dec. XCVII. Th. 8. Vinnius c. l. cap. 12.

21) *Basilica* Tom. III. pag. 26.

aufheben ließ, wieder hergestellt wissen will, und eine Handlung angreift, deren Gültigkeit er durch den Vollzug selbst anerkannt hat [22]). Es ist etwas ganz Anders, wenn Jemand aus einer Willenshandlung, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer gewissen Form abhängt, ein Recht geltend machen will, und dann deren Förmlichkeit von dem Gegner bestritten wird. Hier muß natürlich derjenige, welcher sein vermeintliches Recht aus dem Geschäft durchsetzen will, auch darthun, daß die Willenshandlung gültig, folglich in der gehörigen Form geschehen sey. Wer also z. B. aus einem Geschäft klagt, daß eine obrigkeitliche Bestätigung, oder gerichtliche Insinuation, nach Vorschrift der Gesetze zu seiner Gültigkeit erfordert, dem liegt es unstreitig ob, zu zeigen, daß diese Form beobachtet worden sey, wenn der Gegner das Vorhandenseyn derselben läugnet [23]).

Dahingegen fällt aller weitere Beweis der Förmlichkeit einer Handlung als überflüßig hinweg, wenn derjenige, wider welchen aus der Handlung geklagt wird, dieselbe eingegangen zu haben schriftlich bekannt hat. Denn die Gesetze nehmen an, daß derjenige, welcher etwas versprochen zu haben schriftlich bekennt, auch eben dadurch die Förmlichkeit des Versprechens eingestanden habe [24]).

---

22) S. **Borst** über die Beweislast in Civilproceß §. 70. nr. 4. S. 116.

23) **Weber** a. a. O Abschn. VI. Nr. 30. S. 278. ff.

24) §. 17. *I. de inutilib. stipulat.* Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: *perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.* (aus Pauli *Sententiar. Receptar.* Lib. V.

L. 6. SCAEVOLA *libro secundo Responsorum.*

Patronum manifeste docere debere [25]), libertum in fraudem suam aliquid dedisse [26]), ut partem eius, quod in fraudem datum esset, posset [27]), avocare [28]).

Dieses Fragment bezieht sich auf die Erbfolge des Patrons in das Vermögen seines Freygelassenen. Scävola versteht daher unter patronus hier einen solchen Manumissor, der ein römischer Bürger war. Denn ein Latinus konnte damals so wenig, als ein peregrinus, das Patronatrecht über einen Freygelassenen erwerben [29]). *Libertus* aber ist ihm ein solcher Freygelassener, der durch die Manumission das römische Bürgerrecht erhalten hat [30]).

Tit. 7. §. 2.) — §. *ult. I. de fideiussor.* Ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, *videri omnia solemniter facta,* (aus ULPIANI *libro* 47. *ad Sabinum. L.* 30. *D. de Verbor. Obligat.*) Gleichen Inhalts ist *L.* 14. *C. de contrah. et committ. stipulat.* S. Borst a. a. O. §. 70. nr. 3.

25) *Cod. Erl.* Patronus manifeste docere libertum debet in fraudem suam etc. Haloander: Patronus manifeste docere debet. Eben so Baudoza.

26) Die Basilica Tom. III. pag. 2. Const. 6. haben den Ausdruck *ἐκποιῆσαι, i. e alienasse.*

27) Baudoza possit.

28) Cod. Erl. possit advocare.

29) PLINIUS Lib. X. Ep. 6. S. HEINECCII Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 22. §. 3. pag. 349.

30) Ulpian bemerkt dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. de suis et legitim. hered.* sagt: *Libertum* accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit.

Denn bey den Latinis und dedititiis hatte zur Zeit des Scävola noch keine Erbfolge Statt. Ihr Vermögen fiel nach ihrem Tode, wie das Peculium eines Sklaven, dem Manumissor anheim [31]). Erst Justinian hob den Unterschied auf. Nach dem Recht des Justinianeischen Zeitalters mußten also diese Ausdrücke allgemein genommen werden. Wegen des Erbrechts des Patrons hatten nun vor Justinian mancherley Verordnungen Statt, welche in dem Tit. de successione libertorum der Institutionen [32]) nach der Zeitfolge angegeben worden sind. Uns dient hier zur Erläuterung unsers Fragments nur zu wissen, inwiefern der Patron behaupten konnte, sein Libertus habe in fraudem suam über sein Vermögen verfügt. Ulpian [33]) bestimmt dieses nach den Worten des prätorischen Edicts im Allgemeinen auf folgende Art: *Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur* (sive testamento facto, sive intestato libertus decesserit) *quo minus, quam* PARS DEBITA BONORUM *ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit Praetor, et operam dat, ne ea res ei fraudi sit!* Es kommt also darauf an, worin der dem Patron gebührende Erbtheil bestand. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln brauchte der Freygelassene seinem Patron gar nichts zu hinterlassen. Der Prätor fand dieses aber unbillig; er verordnete daher in seinem Edict, daß der Libertus dem Patron die Hälfte seines Vermögens hinterlassen solle, widrigensfalls sollte der Patron das Testament mit der bonorum pos-

31) §. 4. *I. de success. libertor.*

32) *Princ.* et §. 1. *et* 2. *I. eodem.*

33) *L.* 1. *pr. D. Si quid in fraudem patroni.*

sessio contra tabulas bis auf diesen Theil des Nachlasses anfechten können. Auch die Hälfte der Intestaterbschaft sollte dem Patron in dem Falle zu Theil werden, da der Freygelassene blos ein Adoptivkind hinterlassen hätte. Leibliche Kinder hingegen sollten ohne Unterschied, sie seyen sui oder emancipati, den Patron ausschliessen [34]. Die hierauf unter August erschienene *Lex Papia Poppaea* machte einen Unterschied in Rücksicht des Vermögens. Hatte der Freygelassene noch keine 100000 Sesterzien im Vermögen (centenario minor), so konnte er den Patron in seinem Testamente nach Gefallen ausschliessen [35]. Ein reicherer Libertus (centenarius) hingegen sollte dem Patron wenigstens einen Kindstheil (pars virilis) [36] hinterlassen, wenn er weniger als drey Kinder hätte. Hinterließ er drey, so konnte er den Patron übergehen [37]. Die Lex Papia gieng also blos auf den Fall, wenn ein libertus centenarius Kinder hinterließ. Starb er ohne Kinder, so gebührte dem Patron

34) Ulpianus *Fragm.* XXIX. §. 1. Justinian *Pr. et* §. 1. *I. de success. libertor.* Heineccius c. l. p. 349.

35) S. *Cornel. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag. 346. (*Francof.* et *Lipsiae* 1739. 4.)

36) Unter dieser pars virilis konnte auch zuweilen, wie Ulpian *L.* 14. *D. de Verb. Signif.* bemerkt, die ganze Erbschaft begriffen seyn, wenn nur ein Kind vorhanden war, und dieses von der väterlichen Erbschaft abstinirte, oder die Zeit der bonorum possessio versäumt hätte. S. *Jo.* Goeddaei Commentar. ad Tit. de Verb. Signif. c. L. pag. 960. und Heineccius c. l. §. 4. p. 354.

37) §. 2. *I. de success. libertor.*

die Hälfte der Verlassenschaft nach dem Edict des Prätors [38]). Dieß ist nun also die in den Gesetzen der Pan-

38) Justinian giebt dieses in den Worten der angeführten Stelle nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: Itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia patrono debebatur, *ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset.* Er vergleicht hier, wie *Franc.* Broeus in Expositionib. in Justiniani Institut. ad h. §. 2. de succ. libertor. (*Paris* 1622. 4.) pag. 552. sehr richtig bemerkt, die Lex Papia mit dem Edict des Prätors. Beyde treffen in dem hier angegebenen Falle in Absicht auf die Größe der portio debita zusammen. So wie nämlich der Patron nach der Lex Papia die Hälfte des Nachlassers erhält, wenn der Libertus centenarius ein Kind hinterließ, er mochte mit oder ohne Testament gestorben seyn; eben so erhielt der Patron auch nach dem Edict des Prätors die Hälfte, wenn der Freygelassene ohne Kinder starb, und ein Testament gemacht hatte. Es heißt zwar in vielen Handschriften und Ausgaben, selbst in der neuesten von Biener, intestatus, und diese Leseart vertheidigen auch Broeus und *Ev. Otto.* Allein schon *Jac.* Cujacius Observation. Lib. III. cap. 13. und Lib. XVII. c. 13. hat gezeigt, daß man *testatus* lesen müsse. Denn starb der Libertus ohne Kinder intestato, so erbte der Patron allein. *L.* 3. *pr. D. de suis et legitim. heredib. L.* 17. *D. de bonis libert.* Diese Vorschrift der 12. Tafeln hat auch der Prätor nicht abgeändert. Allerdings entscheidend ist auch hier die griechische Paraphrase des Theophilus, wo es heißt: *ἐπὶ διαθήκῃ.* Die meisten, als Hotoman, Contius, Russard, Charondas, Baudoza, Vinnius u. a. m. billigen daher diese Leseart. Zwar wenden *Janus a* Costa u. *Em.* Merillius in Comm. ad. §. 2. I. cit. ein, der Prätor habe in seinem Edict von zwey Fällen gehandelt, 1) wenn der Freygelassene

deten so genannte *portio patrono debita* [39]), welche der Freygelassene durch keine nachtheilige Verfügungen über sein Vermögen verletzen durfte, und welche also auch Scävola meinte. Da indessen Justinian in einer neuern Verordnung, deren er in den Institutionen gedenkt [40]), nämlich in seiner Constitution de iure patronatus, welche aber verloren gegangen ist [41]), die Lex

ein Testament macht, und 2) wenn er ohne Testament stirbt, aber ein Adoptivkind hinterläßt. Es sey nun viel natürlicher, der Leseart der alten Codicum zu Folge, den letztern Fall hierher zu rechnen. Aber dann könnte es doch im Text unmöglich heißen; *sine* ULLO *filio filiave*, wenn ein Adoptivkind da ist. Und würden nicht vielmehr die Verfasser der Institutionen mit eben so wenig Worten: *relicto filio adoptivo* gesagt haben? Vergl. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 676. Not. 16.

39) *L.* 3. §. 10. *D. de bonis libertor. L.* 21. §. 1. *et* 2. *D. de iure patronat. L.* 26. *D. de bonis libert.* Genauer pflegten die Röm. Rechtsgelehrten die Größe dieser portio debita nicht zu bezeichnen. Sie sagten nie: pars dimidia, pars virilis. Diese Bestimmung mußte sich aus den Umständen des vorgetragenen Falles ergeben. S. BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag. 345.

40) §. 3. *I. de Success. libertor.*

41) CUJACIUS Observat. Lib. XX. cap. 34. restituirte sie zuerst wieder aus den Basiliken, aber nicht vollständig. Er fügte auch noch einen kurzen lateinischen Auszug von dieser Verordnung bey, den er, wie er sagt, in einer alten Handschrift gefunden hatte. Nun nahm zuerst CONTIUS diese restituirte Constitution in seine Ausgabe des Codex auf, welche zu Lyon 1571. erschien, und aus dieser gieng sie in alle nachherige Ausgaben über.

Papia darin abgeändert hat, daß wenn der Freygelassene hundert und mehrere aureos hinterlassen, (denn so soll die Summe der Lex Papia verstanden, und für tausend Sesterzien ein aureus gerechnet werden) und entweder gar keine Kinder vorhanden, oder die Kinder enterbt, oder von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater präterirt worden sind, und zwar auf solche Art, daß ihre Testamente nicht als pflichtwidrig angefochten werden können, dem Patron, oder auch der Patronin, statt der Hälfte, nur das Drittel von den Gütern des Libertus hinterlassen werden soll, welches dieselben, wenn sie im Testament übergangen worden sind, mittelst der bonorum possessio contra tabulas erhalten sollen, so ist wohl sehr natürlich, daß man sich nun zu Justinian's Zeiten auch die debita portio des Patrons nicht anders, als in dieser neuen Bestimmung, erklären mußte.

Weil es also bey der debita portio patroni nicht nur zu Scävola's, sondern auch zu Justinian's Zeiten auf den Betrag des Vermögens des Liberti ankam; so geschahe es nicht selten, daß die Freygelassenen ihr Vermögen zum Nachtheil ihrer Patronen durch Schenkungen und andern Veräusserungen unter den Lebenden [42])

Wie aber MEERMAN Tom. V. Thes. iuris civ. et canon. das 49—52. Buch der Basiliken mit einer lateinischen Uebersetzung des REITZ edirte, so nahm SPANGENBERG diese vollständigere Constitution aus dem 49. Buche der Basiliken, nebst der lateinischen Uebersetzung des Reitz, in die Göttinger Ausgabe des Corpus iur. civ. auf, wo sie im Cod. Const. 4. Lib. VI. Tit. 4. *de bonis libertorum et iure patronatus* sich befindet.

42) *L.* 1. §. 9. 12. 13. *et sqq. D. Ne quid in fraudem patroni.*

absichtlich verminderten, um entweder nicht als centenarii zu sterben, und dadurch den Patron um seinen ganzen Erbtheil zu bringen, oder, wenn sie auch, der Veräusserung ungeachtet, noch centenarii blieben, doch den ihm gebührenden Erbtheil zu verkürzen. Nach dem Edict des Prätors konnten nun dergleichen pflichtwidrige Veräusserungen von dem Patron revocirt werden [43]). Es fragte sich nur, wie weit diese Revocation Statt finde? **Ulpian** [44]) (*libro X. ad Legem Iuliam et Papiam*) unterscheidet, ob die Veräusserung in fraudem legis, oder blos in fraudem patroni geschehen sey. Im ersten Falle sey die Veräusserung ipso iure nichtig, sie konnte also ganz umgestoßen, und alles revocirt werden, was veräussert worden ist. In dem letzten Falle aber sey zwar die Veräusserung an sich gültig, jedoch könne sie insofern, als sie dem Patron zum Nachtheile gereicht, mittelst der *actio Faviana* oder *Calvisiana* [45]) angefochten und revocirt werden. *In fraudem legis* sey nun die Veräusserung geschehen, wenn sich der Freygelassene dadurch zu einem centenario minor gemacht hatte. *In fraudem patroni* aber, wenn zwar der Freygelassene auch noch nach der Alienation ein maior centenario blieb, aber doch dadurch die Portion seines Patrons verkürzt hatte [46]). Ue-

43) *L. 1. pr. et §. 3. D. eodem.*

44) *L. 16. pr. D. de iure patronatus.*

45) Von diesen Klagen ist schon an einem andern Orte (7ten Th. §. 550. S. 192.) gehandelt worden.

46) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 22. §. 4. pag. 352. sq. und *Guil. Ott.* Reitzii Annotation. sporad. in *Opuscul. iurid.* ex Observat. miscellan. Batavis in unum Volumen a Püttmanno collect. (*Halae* 1782. 8.) pag. 143. sq.

berall gehörte jedoch zur Begründung einer solchen revocatorischen Klage, daß die Veräusserung von Seiten des Freygelassenen dolo malo geschehen seyn mußte. Ob derjenige, an welchen die Veräusserung geschehen, darum gewußt habe oder nicht, darauf kam nichts an [47]). Wem sonst, als dem Kläger, konnte also der Beweis hiervon obliegen? Dieser Beweis mußte aber durch dringende Anzeigen [48]) geführt werden, welches Scävola mit den Worten: *manifeste* probare debere, andeuten will.

L. 7. Paulus *libro secundo Sententiarum* [49]).

Cum probatio prioris fugae deficit [50]), servi quaestioni [51]) credendum est: in se enim interro-

47) *L.* 1. §. 4. *D. Si quid in fraud. patroni.*

48) *L.* 6. *Cod. de dolo malo.* Dolum *ex indiciis perspicuis* probari convenit. *Iac.* Cujacius hat in seinen Recitationib. in libr. II. Responsorum Cerv. Scaevolae (*Operum* a *Fabroto* editor. T. III. p. 230.) über dieses Fragment fast gar nichts Erhebliches gesagt.

49) In den Fragmenten bey *Ant.* Schulting in Iurisprud. Antejustin. steht diese Stelle des Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 13. pag. 296. S. auch Hugo Ius. civ. antejustin. Tom. I. pag. 122.

50) Bey Schultino *defecerit.*

51) So haben auch die *Basilica* T. III. pag. 2. τῇ ἐν βασάνῳ αὐτοῦ ζητήσει πιστεύομεν. i. e. examini eius in tormento credimus. Allein bey Sch. steht *responsioni.* Cujacius Observation. Lib. V. c. 38. hält die Leseart *quaestioni* für einen Tribonianismus, und weil *L.* 58. §. *ult. D. de Aedilit. Edicto* auch steht servi

gari, non pro domino aut in dominum videtur [52]).

Es wird hier fortgesetzt, was oben L. 4. vom Beweise bey der Redhibition eines servi fugitivi gesagt wurde. Dem Kläger lag der Beweis ob, daß der Sklave ex veteri vitio entflohen sey. Dieß wird hier probatio prioris fugae genennt. Die Basiliken haben diese Worte ganz richtig erklärt, wenn sie sagen: Ἐὰν μὴ δείκνυται, ἐι παρὰ τῷ πράτῃ φυγὰς ἦν ὁ δοῦλος. d. i. Si non probetur, an apud *venditorem* servus fugerit. Hatte nun der Käufer zwar diesen Beweis unternommen, aber nicht vollständig geführt; er hatte wenigstens solche Anzeigen beygebracht, daraus eine Wahrscheinlichkeit entstand, daß der Sklave schon seinem vorigen Herrn einmal entlaufen sey; (dieß heißt hier probatio deficit, nicht gänzlicher Mangel an allem Beweise, wie Gerh. Noodt [53]), dem auch Schulting [54]) beystimmt, diesen Ausdruck richtig erklärt haben) so konnte der Sklave der Folter unterworfen, und der Mangel des Beweises durch sein Geständniß ergänzt werden. Hierher

responso credendum est; so meint er, Tribonian habe durch seine Interpolation ein ἐναντίωμα inexplicabile veranlaßt. Allein man sehe die Auflösung bey Schulting a. a. O. Not. 35. pag. 296.

52) Varianten finden sich bey diesem Fragment der Pandecten weder in dem Cod. Erlang. noch sonst in einer Ausgabe, die ich verglichen habe.

53) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 13. §. ult. und Lib. III. cap. 6. Man vergleiche auch *Franc.* Balduini Annotation. in Tit. Pand. de aedilit. Ed. ad L. 58. §. 2. h. t. in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. p. 915.

54) Loc. cit. not. 34. pag. 296.

gehört, was Marcian [55]) sagt: (*libro secundo de iudiciis publicis*) Divus Pius rescripsit, posse de servis haberi quaestionem in pecuniaria causa, *si aliter veritas inveniri non possit*: quod et aliis Rescriptis cavetur. Sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et Divus Severus rescripsit. Wir lernen hieraus, daß Kr. Antoninus Pius zuerst die Tortur der Sklaven, die vor seinen Zeiten blos in Criminal-Fällen gebräuchlich war, als ein Beweismittel auch in Civilsachen zuließ, wenn es an andern hinlänglichen Beweisgründen fehlte [56]). Der Kaiser Severus bestätigte das Rescript des Antoninus, verordnete aber ausdrücklich, daß Sklaven in einer bloßen Civilsache nie gegen ihren Herrn, auch nicht bey gänzlichem Mangel alles weitern Beweises, torquirt werden sollten [57]). In pecuniariis vero causis *nec inopia probationum* [58]) servos contra dominum interrogari posse, manifestum est. Nur wegen ihrer eignen Handlungen

55) *L. 9. pr. D. de quaestionibus.* Man verbinde damit die *L. 15. Cod. eodem.*

56) Man vergleiche hier vorzüglich *Carl Frid. Christ.* Wenck Divus Pius, sive ad Leges Imp. Titi Aelii Antonini Pii A. Commentarius. Libell. II. *Lipsiae* 1805. Cap. 3. pag. 7—14.

57) *L. 1. in fin. Cod. de quaestionib.* (IX. 41.) S. *Elb.* Leoninus Emendat. et Observation. Lib. VI. cap. 19. und *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lectionum iur. civ. P. II. pag. 49—54.

58) Haloander lieset zwar *ex inopia probationum*, und diese Leseart billiget auch *Jac.* Cujacius Observation.

konnten Sklaven sowohl in Criminal- als Civilsachen der Folter unterworfen werden, wie die Kaiser Diocletian und Maximian mehrmals rescribirt haben [59]), wenn dann auch gleich daraus dem Herrn ein Vortheil oder Nachtheil erwuchs. Paulus [60]) hält dieses auch für billig. Servum de facto suo *in se* interrogari posse, sagt er, ratio aequitatis ostendit: nec enim obesse ei debet, qui per servum aliquid sine cautione commodat aut deponit. Mit Recht konnte daher auch in unserm Text der gekaufte Sklave über seine prior fuga torquirt werden. Und so erklären sich nun die letzten Worte unsers Fragments: *in se enim interrogari, non pro domino, aut in dominum videtur*, d. h. der Sklave wird hier weder für noch gegen den Herrn torquirt, sondern blos über seine eigene Handlung befragt.

Lib. II. cap. 32. Allein schon Robertus Receptar. Lection. Lib. II. cap. 28. vertheidigte die Richtigkeit der gemeinen Leseart. Cujaz suchte zwar Observat. Lib. XX. cap. 28. den Einwendungen Roberts zu begegnen, aber er vermochte sie nicht zu widerlegen. Der ganze Zusammenhang widerspricht der Haloandrischen Leseart. Ihr widerspricht Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 16. §. 5. und die griechische Version der Basiliken T. VII. pag. 805. S. Wenck Divus Pius Cap. III. pag. 9—13.

59) *L.* 8. *Cod. de testib.* *L.* 12. *L.* 15. *Cod. de quaestionib.* S. *Jo. Conr.* Sickel Diocletianus et Maximianus sive de vita et constitutionibus C. Aurelii Valer. Diocletiani et M. Aur. Val. Maximiani. Exerc. II. *Lipsiae* 1793. P. I. Cap. 1. §. 2. pag. 31. sqq.

60) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 16. §. 1. Cujacius ad h. L. in Schulting Iurisprud. Antejust. not. 2. pag. 490.

Es ist ganz unrichtig, wenn Edmund Merille[61]) dafür hält, ein Sklave habe in Civilsachen auch ohne alle Anzeigen über sein eigenes Factum auf die Folter gebracht werden können, und seiner Aussage habe man geglaubt. Denn die Römischen Kaiser wollten schlechterdings nicht, daß man von der Tortur anfangen solle; einem solchen Geständniß des Sklaven sollte kein Glaube beygemessen werden. Nur dann erst sollte man die Folter zu Hülfe nehmen, rescribirte Kaiser Hadrian, wenn die Sache durch andere Gründe schon einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, daß es nur noch an dem Geständniß des Sklaven fehlte[62]). Der Kaiser Antoninus Pius schärfte ja so nachdrücklich ein, *ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur;* und man hätte zur Grausamkeit dieses Beweismittels schreiten dürfen, ohne alle Anzeigen? So gewöhnlich nun auch die Folter bey den Sklaven war, um ihrer Aussage Glauben zu verschaffen, so nahm man doch auch immer darauf Rücksicht, ob die Beschaffenheit der Person die Tortur erlaubte[63]). Es konnte daher Fälle geben, wo man der Aussage des Sklaven auch ohne Folter glaubte, wenn sie nämlich in vorkommenden Fällen nicht anwendbar, und übrigens die Aussage des Sklaven durch andere Anzeigen und Beweisgründe hinlänglich unterstützt war[64]). Eben

61) Observation. Lib. III. cap. 30.

62) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. de quaestionib. L.* 20. *D. eodem.*

63) *L.* 8. §. 1. *Cod. eodem.* Et si his *veluti certis indiciis* ducti, investigandae veritatis gratia, ad tormenta putaverint esse veniendum: tunc id demum facere debebunt, *si personarum conditio patiatur.*

64) S. Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 296. not. 35.

dieses bestätigt auch Paulus [65]), wenn er *libro V. Responsorum* folgenden Fall vorträgt: Servum dupla emi. qui rebus ablatis fugit; mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quaero, an standum sit responso servi? Paulus respondit, *si et alia indicia prioris fugae non deficiunt*, tunc etiam servi responso credendum est. Daß hier von keiner Folter die Rede sey, bemerkt auch der griechische Scholiast [66]). Τοῦτο δέ σε μὴ λάθῃ, ὅτι κἂν μὴ ἐμβάσανον περὶ τούτου ζήτησιν ὑποστῇ ὁ οἰκέτης, παρόντων δὲ τιμίων ἀνδρῶν ἐρωτηθεὶς παρὰ τοῦ ἀγοραστοῦ εἰ ἔφυγέ ποτε παρὰ τῷ πράτῃ, καὶ ὁμολογήσει πεφουγέναι, τότε χρὴ τὸν δικαστὴν πιστεύειν τοῦ οἰκέτου φωνῇ ὅτε καὶ ἄλλα σημεῖα ὕπεστι της τούτου προτέρας φυγῆς: τοῦτο γὰρ εἶπεν ἐν τῷ βιβ. κά. τιτλ. ά. διγ. νὴ. Παύλου ῥητῷ τῶν ῥεσπόνσων. i. e. *Nec te lateat, licet quaestio de servo habita non sit, si tamen praesentibus honestis viris interrogatus fuerit ab emtore, an et apud venditorem fugerit, et confessus fuerit fugisse, iudicem servi responso credere debere, si et alia indicia prioris fugae subsint: hoc enim ait lib. XXI. Tit.* 1. *Dig.* 58. *quod desumtum ex Pauli Responsis.*

L. 8. Idem *Libro octavodecimo* [67]) *ad Plautium.* Si filius in potestate patris esse neget [68]), Prae-

65) *L.* 58. §. 2. *D. de aedilit. Edicto.*
66) Scholia Basilικῶν. Tom. III. p. 28.
67) Haloander lib. XIIII.
68) Cod. Erl. *neget esse.* Es ist aber zwischen neget und esse das Wort an von einer andern Hand und mit

tor cognoscit [69]), ut prior doceat filius: quia et [70]) pro pietate, quam patri debet praestare [71]), hoc statuendum est: et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat [72]), prior docere iubetur [73]).

Es ist hier von dem Beweise bey den Präjudicialklagen die Rede, wodurch über den Status eines Menschen gestritten wird. Freyheit, Ingenuität und väterliche Gewalt [74]) waren die vorzüglichsten Gegenstände dieser Klagen. Der Wichtigkeit wegen war die Entscheidung solcher Prozesse in Rom an die Centumviros, in den Provinzen aber an die Recuperatores verwiesen [75]).

schwärzerer Tinte darüber geschrieben. Haloander lieset *se esse neget*. Eben so Baudozo. Russard bemerkt diese Leseart am Rande. BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. glaubt jedoch das *esse* sey per *ἀναδίπλωσιν esse se* zu lesen.

69) Cod. Erl. *cognoscet*.

70) Haloander und Baudoza *et quia*

71) *Praestare* fehlt bey Haloander. Russard hat es mit seinem gewöhnlichen Zeichen eingeschlossen.

72) Haloander und Baudoza *proclamat ad libertatem*.

73) Haloander *edocere*.

74) §. 13. *I. de actionib.* S. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad h. §. und *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianeae scientia. Tit. VIII. Princip. VI. Illat. 10. pag. 317. (*Lugd.* 1607.)

75) CICERO *de Oratore*. Lib. I. cap. 38. SUETONIUS in *Vespasiano* cap. 3. CICERO *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *L.* 32. §. 7. *D. de receptis*. *L.* 36. *D. de liberali causa*. S. *Ger.* NOODT de Iurisdict. Lib. I.

Um den Prozeß gehörig einzuleiten, mußte erst festgesetzt werden, wer die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten zu übernehmen habe; und hier kam es darauf an, wer den bisherigen Besitzstand zu verändern, und demselben zuwider einen Zustand geltend zu machen suchte, welchem der andere Theil widersprach. Dieser ward als der Kläger angesehen, und mußte also auch den Beweis seiner Intention in der Hauptsache übernehmen. Wer sich hingegen zur Zeit des erhobenen Rechtsstreits in dem Besitz des Zustandes ohne Gefährde befand, um welchen gestritten wurde, ward als Beklagter behandelt, und genoß den Vortheil des Besitzes [76]). Dieß war nun

I. der Fall, wenn über die Freyheit eines Menschen ein Rechtsstreit entstand. Hier kam es darauf an, ob derjenige, über dessen Status gestritten wurde, sich, wie Ulpian [77]) sagt, ex possessione servitutis auf die Freyheit berief, und deswegen obrigkeitliche Hülfe suchte; oder ob er ex possessione libertatis von einem Andern als sein Sklave in Anspruch genommen wurde. Im ersten Falle ist derjenige Kläger, welcher gegen den Besitz-

Cap. 9. et 12. besonders aber *Car. Frid.* ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus. §. XI. insert. Syll. opusculor. SICCAMAE lib. de iudicio centumvirali adject. (*Halae* 1776.) pag. 260—266.

76) *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3. (in *Operib.* T. II. pag. 753. *Lugd.* 1623. 8.) *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 13. I. de actionib. pag. 473. (*Trajecti ad Rhen.* 1739.) und *Jan. a* COSTA Praelection. ad illustriores quosd. Titulos, Locaque select. iur. civ. ad L. 10. C. de probat. pag. 236.

77) *L.* 33. §. 1. *D. de procurator.* und *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L.

stand der Servitut die Freyheit geltend zu machen sucht, in dem letztern aber derjenige, welcher gegen den Besitzstand der Freyheit einen als Sklaven vindicirt, wie aus folgender Stelle **Ulpians** *libro LIV. ad Edictum* [78]) erhellet: Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem, aut contra, agatur? *Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare. Quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.* **Ulpian** fährt fort *libro LV. ad Edictum* [79]). Quod autem diximus, *in libertate fuisse*, sic est accipiendum, non ut se liberum doceat is, qui liberale iudicium patitur, *sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.* Quid sit autem *sine dolo malo fuisse*, videamus? Nam JULIANUS ait, omnes, qui se liberos putant, sine dolo malo in libertate fuisse, si modo se pro liberis gerant, quamvis servi sint. VARUS autem scribit, eum, qui se liberum sciat, dum in fuga sit, non videri sine dolo malo in libertate esse: sed simul atque

78) *L. 7. §. ult. D. de liberali causa.*

79) *L. 10. D. eodem.*

desierit quasi fugitivus se celare, et pro libero agere, tunc incipere sine dolo malo in libertate esse: etenim ait, eum, qui scit se liberum, deinde pro fugitivo agit, hoc ipso, quod in fuga sit, pro servo agere. Eben dieser Ulpian sagt weiter [80]): Potest et servus sine dolo malo in libertate morari; utputa testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat: vel vindicta ei imposita est ab eo, quem dominum esse putavit, cum non esset: vel educatus est quasi liber, cum servus esset. — *Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus, vel non iustis, sine calliditate tamen, putavit se liberum, et in libertate moratus est, dicendum est, hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit: atque ideo possessoris commodo fruatur.* Man unterschied also bey der causa liberalis den vorläufigen Beweis des Besitzes, welcher zur ordinatio iudicii, und praeparatio causae gehörte, und darüber entschied, wer bey einem solchen Prozesse die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten übernehmen mußte; und den Beweis in der Hauptsache, welcher demjenigen oblag, der nun in diesem Prozesse als Kläger behandelt wurde. Jener vorläufige Beweis mußte aber auf den Besitz zur Zeit des entstandenen Prozesses gerichtet werden; wie ebenfalls Ulpian [81]) sagt: Probatio autem ad id tempus referetur, cum sine dolo malo in libertate fuerit, *quo primum in ius aditum est.* Auf die ordinatio und praeparatio liberalis causae bezieht sich auch die Verordnung der

80) *L.* 12. §. 2. *et* 3. *D. eodem.*

81) *L.* 12. §. 4. *D. eodem.*

Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 15. *C. h. t.* an den Antonius auf folgende Art rescribiren: Vis eius, qui se dominum contendit, ad imponendum onus probationis servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo iusto initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, *an in possessione libertatis sine dolo malo constitutis sis:* tunc etiam, *onus probationis quis debeat subire?* per huiusmodi eventum declarabitur. Antonius gestand, daß er aus dem Hause des Severus, welcher sein Herr zu seyn behauptete, entflohen sey. Er gab aber vor, Severus habe ihn mit Gewalt weggekapert. Er habe also den Besitz von ihm unrechtmäßiger Weise erhalten. Die Kaiser rescribiren dem Anton, diese vorgegebene Gewalt könne ihm nicht zu Statten kommen, da er eingestandenermaßen entflohen sey. Es komme vor allen Dingen darauf an, ob er nachweisen könne, daß er sich ohne Gefährde in dem Besitz der Freyheit befinde. Darnach werde sich dann entscheiden lassen, wem in der Hauptsache die Last des Beweises obliege. Eben so war es

II. wenn über Ingenuität und Libertinität gestritten wurde. Von diesem Falle handelt die erst weiter unten folgende *L.* 14. *D. h. t.* Eben so war es endlich auch

III. in dem Falle, wenn über die väterliche Gewalt ein Rechtsstreit entstand, und der Sohn läugnete, daß er noch in der Gewalt seines Vaters sey. Die Analogie von der causa liberalis trat hier um so mehr ein, weil der Sohn durch die Emancipation, so wie der

Sklave durch die Manumission, ein freyer Mensch wurde; daher man von undankbaren Kindern sagte, sie hätten sich der ihnen durch die Emancipation zu Theil gewordenen Freyheit unwürdig gemacht [82]). Es konnte nämlich über das Recht und die Wahrheit der Emancipation Zweifel entstehen; oder es konnten solche Umstände in einem vorkommenden Falle vorhanden seyn, die es ungewiß machten, ob der Sohn noch in der väterlichen Gewalt sey [83]). Auch hier war zur ordinatio iudicii, wie bey der liberalis causa, eine cognitio praetoria erforderlich, um auszumitteln, wer im Besitz sey [84])? Befand sich der Vater bisher in dem Besitz der väterlichen Gewalt, und der Sohn behauptet, diesem Besitzstande zuwider, er sey sui iuris, so erwartet man auch billig den Beweis von ihm. Nicht die Ehrerbietung allein, welche hier von Paulus als der erste Grund angeführt wird, ist es, welche ihn dieser Last unterwirft, sondern er intendirt auch, den bisherigen Zustand aufzuheben. Ganz anders wäre es, wenn der Vater sich nicht im Besitz der väterlichen Gewalt, sondern der Sohn, oder die Tochter sich ohne Gefährde im Besitz des Zustandes eines homo sui iuris befindet. Hier legen die Gesetze dem Vater die Beweislast auf, daß der Sohn oder die Tochter noch in seiner väterlichen Gewalt sey [85]).

82) *L. un. Cod. de ingratis liberis.* (VIII. 50.) *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. scientia. pag. 310.

83) *L. 1. Cod. de patria potest.* (VIII. 47.) FABER Iurispr. Papinian. pag. 317. Illat. 10.

84) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. pag. 638.

85) L. 34. *D. Soluto matrimonio.* AFRICANUS *libro VIII. Quaestionum.* Titia divortium a Sejo fecit: hanc

Ich füge zum Beschluß aus den Scholien der Basiliken [86]) noch die Interpretation des Cyrillus bey. Ο ὑπεξούσεος εἰπὼν ἑαυτὸν αὐτεξούσιον βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ ἀπὸ νομῆς γὰρ ὑπεξουσιότητος ἀναβοήσας εἰς αὐτεξουσιότητα, ἄκτωρ εἶναι δοκεῖ. Καὶ γὰρ ὁ δοῦλος εἰς ἐλευθερίαν ἀναβοήσας, ὡς τὴν παροῦσαν κατάστασιν ἀναστρέψαι πειρώμενος, ἄκτωρ ἐστί, καὶ βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ τοίνυν ὑπεξούσιος αὐτεξούσιον ἑαυτὸν εἶναι διαβεβαιούμενος, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι. i. e. *Qui in patris potestate est, si se sui iuris esse dicat, onus probandi suscipit. Nam qui ex possessione alienae potestatis in potestatem sui proclamat, actor esse videtur: nam et servus ad libertatem proclamans, quia praesentem statum subvertere conatur, actor est, eique onus probandi incumbit. Itaque filiusfamilias, qui se adfirmat emancipatum esse, hoc probare debet.*

L. 9. Celsus [87]) *libro primo Digestorum.*

Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur an id actum sit, ut ipsius

Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat: ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes iudicis sint? Respondit: *patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegendam actionem.*

86) *Basilica* Tom. III. pag. 28. et 29.

87) Dieser *Celsus* ist derjenige, welchen Pomponius *L.* 2. §. *ult. D. de Or. iuris* CELSUS FILIUS nennt, nämlich PUBLIUS JUVENTIUS CELSUS. Ein Sohn desjenigen, welcher in den Gesetzen CELSUS PATER genennt wird. *L.* 39. *D. Mandati.* Er war unter Hadrian

dumtaxat persona [88]) eo statueretur [89]). Sed quamvis verum est [90]), quod qui excipit, probare debeat quod excipitur: attamen de ipso dumtaxat, ac non de herede eius quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet: quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.

Ganz richtig bemerkt Russard, daß man mit diesem Fragment die *L.* 33. *D. de pactis* [91]) verbinden solle, welche auch aus des Celsus erstem Buche seiner Digesten genommen ist. Celsus trägt daselbst den Fall vor.

mit dem *Q. Julius Balbus* im Jahre der Erb. Roms 882. Consul. *L.* 20. §. 6. *D. de heredit. petit.* Sein wichtigstes Werk waren libri 39. Digestorum, woraus viel Fragmente in die Pandecten des K. Justinian gekommen sind. S. *Abrah.* WIELING Iurisprud. restituta. T. I. pag. 24—32. und besonders *Jo. Gottl.* HEINECCII Ex. de P. Iuventio Celso (in *Opusc. varior. Syll.* Ex. XII. pag. 503—518.)

88) Haloander und Baudoza lesen *debitoris* persona.

89) Cod. Erl. hat *coartaretur.* Haloander *artaretur.* Baudoza *coarctaretur.*

90) Baudoza verum *sit.*

91) Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, *ne a se, neve a filio suo dos peteretur:* si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur: quippe heredi consuli concessum est: nec quicquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit: caeteris autem non consuli. Dieselbe Stelle wird nochmals *L.* 10. *D. de pactis dot.* aus Pomponius angeführt.

Ein Großvater versprach im Namen seiner Enkelin, die er von seinem Sohne hatte, ein Heyrathsgut. Nachher schloß er den Vertrag, daß dieser Brautschatz weder von ihm noch von seinem Sohne gefordert werden solle. Jetzt verlangte man denselben von dem Miterben des Sohns. Konnte sich auch dieser mit der exceptio pacti schützen? Nein, sagt Celsus; wohl aber kann es der Sohn thun. Für den Sohn konnte aber der Vater paciscieren, theils weil er noch in der väterlichen Gewalt, und also der Vater selbst dabey interessirt war, theils als künftigen Erben. Dem andern Miterben hingegen konnte die exceptio pacti um so weniger zu statten kommen, weil der Vertrag ein pactum in personam war, und er überdem von dem Vertrage ausdrücklich ausgenommen war, wie aus *L.* 10. *D. de pactis dotal.* erhellet; wo noch die Worte stehen: *ab* ALIO *vero, quam filio herede, ut dos peteretur.* Die daher entstehende Ungleichheit unter den Erben war auch an sich den Gesetzen nicht zuwider. Denn kann man überhaupt zum Vortheil seiner Erben Verträge schließen, was könnte mich hindern, auch nur zum Besten Eines meiner Erben zu paciscieren, ohne zugleich die übrigen zu begünstigen. Da indessen die Obligationen des Erblassers nur pro hereditariis portionibus auf die Erben übergehen, so haftet der Miterbe nur für seinen Antheil [92]). Verbindet man nun dieses Fragment mit unserer *L.* 9. so handelte Celsus wahrscheinlich von der Wirkung des pacti, *ne petam*, oder quo profiteor, *te non teneri.* Denn nur bey den pactis liberatoriis pflegten die Römischen Rechtsgelehrten die Frage

92) S. CUJACIUS Comm. in Tit. Pand. de pactis ad L. 33. cit. und *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 23.

abzuhandeln, in wiefern sie sich auf die Erben mit erstrecken? Daher pflegten sie auch nur diese, ihrer Wirkung nach, in pacta *in rem* und *in personam* einzutheilen [93]). Ja nach der Meinung der meisten Ausleger [94]) ging das ganze Edict des Prätors, so allgemein auch die Worte desselben bey Ulpian [95]) lauten, nur hauptsächlich auf solche Verträge. Von einem pactum de non petendo erklärt auch der griechische Scholiast in den Basiliken [96]) unsern Celsus, wenn er sagt: Ο πάκτον γενικὸν τῷ οἰκείῳ ποιήσας δεβίτωρι εἰπὼν ὅτι ἐκ ἀπαιτῶ τὸ χρέος, δοκεῖ κατὰ πρόληψιν καὶ τὸν κληρονόμον τοῦ δεβίτορος συμπεριλαμβάνειν τῷ πάκτῳ. i. e. *Qui generaliter pactus est cum debitore suo ne peteret, heredem quoque debitoris ex praesumtione pacto complecti videtur.* Eben so die Glosse des justinianeischen Rechts. Man kann sich daher mit Desiderius Heraldus [97]) den Fall auf folgende Art denken. Sempronius

93) *L.* 7. §. 8. *D. de pactis.* *L.* 17. §. 3. *L.* 25. §. 1. *L.* 40. *D. eodem.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 314.

94) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. II. Tit. 14. Oper. Tom. II. pag. 69. et ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 6. *Oper.* Tom. I. pag. 498. *Ant.* Schulting Enarratio partis I. Dig. lib. II. Tit. 14. §. 15. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. III. Cap. 41.

95) *Lib.* 7. §. 7. *D. de pactis.*

96) *Basilica* Tom. III. pag. 29. Not. 9.

97) De rerum iudicatarum auctoritate. Lib. II. cap. 18. §. 4. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1251.) Man sehe auch *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 476. und *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 3. pag. 262.

hat mit seinem Schuldner, dem Titius, das pactum gemacht, er wolle die schuldige Summe von ihm nicht fordern. Er klagt nun gegen desselben Erben, den Mävius, auf die Bezahlung. Mävius setzt ihm die Einrede entgegen, die Schuld sey seinem Erblasser durch das vom Kläger mit ihm eingegangene pactum de non petendo erlassen worden, und dieser Vertrag gehe auch auf die Erben. Sempronius replicirt, der mit seinem Erblasser der Schuld wegen geschlossene Vertrag sey ein bloßes pactum in personam gewesen, welches ihm als Erben nicht zu statten komme. Es war nämlich in dem Vertrage mit dem verstorbenen Schuldner des Erben keine Erwähnung geschehen; deswegen war es zweifelhaft, ob nicht die Absicht dabey gewesen sey, daß der Vertrag sich blos auf die Person des Schuldners allein beschränken sollte? Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *ut ipsius duntaxat persona eo statueretur*, wenn man die florentinische Leseart beybehält. Denn statuere heißt etwas bestimmen, meinen, beschließen, festsetzen; also geht der Sinn dahin, daß nur die Person des Schuldners allein in dem Vertrage gemeint oder bestimmt, oder beschlossen seyn solle. Es fragte sich also, ob der Beklagte seine Einrede, oder der Kläger die Replic zu erweisen habe? Celsus sagt, wenn gleich sonst der Beklagte seine Einrede beweisen muß, so kann ihm doch in dem gegenwärtigen Falle der Beweis darum nicht aufgelegt werden, weil er die allgemeine Vermuthung für sich hat, nach welcher angenommen wird, daß man nicht blos für sich, sondern auch für seine Erben paciscire, besonders wenn von einem pacto liberatorio die Rede ist. Man könnte zwar sagen, wenn Sempronius mit seinem

Schuldner Titius den Vertrag machte, daß er die Schuld von ihm nicht fordern wolle, so sey dieser Vertrag ein pactum in personam gewesen, weil nur die Person des Schuldners im Vertrage genennt ist. Es komme also dem Erben nicht zu gute [98]. Allein mit Recht sagt Ulpian [99], ob das pactum in rem, oder ob es in personam sey, müße man nicht blos aus den Worten, sondern auch aus der Absicht der Paciscenten beurtheilen. Denn oft werde eine Person im Vertrage genannt, nicht um ein Personalpactum zu schließen, sondern um anzudeuten, mit wem das pactum geschlossen sey. Diesem gemäß sagt daher Papinian libro I. Responsorum [100]. Tale pactum: *profiteor te non teneri*, non in personam dirigitur, sed, cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit. Billig muß also der Kläger den Beweis seiner Replic übernehmen [1].

---

98) *L.* 25. §. 1. *D. de pactis.*

99) *L.* 7. §. 8. *D. eodem.*

100) *L.* 40. *pr. D. de pactis.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. I. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 7. sq. et Observation. Lib. XVIII. cap. 2. *Ger.* Noodt de pactis et transact. cap. 4. *Oper.* Tom. I. pag. 494.

1) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 29. not. r. bemerkt bey dem Worte *probet:* τουτέστι δὲ ἀντὶ παραγραφῆς, hoc est, per replicationem.

L. 10. Marcellus *libro tertio Digestorum*.

Census et [1]) monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit.

Census können hier 1) die tabulae censuales, oder Musterrollen heißen, welche ursprünglich bey dem census lustralis errichtet wurden, und worin die Namen, Alter und Vermögen der römischen Bürger, so wie dies alles Jeder bey den Censoren gewissenhaft angeben mußte, verzeichnet waren, wornach sich dann theils die Pflicht zum Kriegsdienst, theils die Größe der Abgaben an den Staat richtete. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [3]) erklärt wenigstens auf diese Art, das Wort *census*, wenn er sagt: Κένσος ἦν σανὶς ἤτοι χάρτης, ἔνθα Ῥωμαῖοι ἀπεγράφοντο τὰς οἰκείας περιουσίας ἐπὶ τὸ ἐν καιρῷ πολέμου κατὰ τὸ μέτρον τῆς ἰδίας ὑποστάσεως ἕκαστον εἰσφέρειν. i. e. Census *erat tabula sive charta, in qua Romani facultates suas profitebantur, ut belli tempore pro modo patrimonii sui unusquisque conferret.* Rävard 4) und van Loon [5]) haben zwar gegen diese Erklärung verschiedenes eingewendet; allein schon Wilh. Fornerius [6]), Pet. Perreno-

1) Varianten finden sich bey dieser Stelle nirgends. Nur die Glosse macht die Bemerkung, daß auch wohl in Handschriften das *et* fehle, aber doch auch dann der Sinn deutlich sey, nämlich monumenta publica, in quibus continebantur census.

3) Lib. I. Tit 5. §. ult. pag. 60. edit. Reitz.

4) de Auctoritate Prudentum. Cap. 7. *Operum* T. II. pag. 883.

5) de Manumissionib. servor. Lib. I. cap. 2. §. 2.

6) Selection. Lib. I. cap. 24. (Tom. II. *Thes. iur. Rom.* pag. 35.)

nius [7]), Wilh. Otto Reitz [8]) und Ruttg. Ant. van Beem [9]) haben den Begriff des griechischen Paraphrasten gegen alle Einwürfe hinlänglich gerechtfertiget. Auch Dionys von Halicarnaß [10]) hat den Census eben so beschrieben. Wäre es richtig, daß der census nach Vespasian ausser Gebrauch gekommen, und schon zu Ulpians Zeiten Antiquität gewesen sey; so könnte man freylich zweifeln, ob Marcellus zu seinen Zeiten noch von jenen römischen Musterrollen gesprochen habe. Allein nach Vespasian, welcher mit seinem Sohne Titus selbst noch das Censuramt bekleidet hatte, und das Lustrum auf die alte feyerliche Art begieng, wie sein Biograph Suetonius [11]), und selbst Censorinus [12]), aus dem man sonst gewöhnlich den Untergang des census zu beweisen sucht, erzählt, hörte nur der census *lustralis* allmählig auf; nur die *lustra*, welche, wie Censorinus sagt, quinto quoque anno censu civium habito, mit gewissen feierlichen Opfern, die man aus Li-

7) Animadversion. Lib. II. cap. 28. (Tom. I. *Thes. Otton.* pag. 659.)

8) ad Paraphras. graec. T. I. pag. 60. not. g.

9) Diss. de Manumissionibus in SS. Ecclesiis. Cap. I. §. 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 8. sq.)

10) *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. nr. 164. pag. 22. edit. *Sylburg.*

11) *Vita Vespasiani.* cap. 8. *Vita Titi* c. 6.

12) *de Die Natali* cap. 18. et ad Eundem Lindenbrog. Man s. auch Pitiscus Lex. Antiquitatum. voc. *Lustrum.*

vius[13]) und Dionyß[14]) kennt, begangen wurden, verschwanden nach und nach, und hörten mit Decius oder Valerianus[15]) ganz auf. Daraus folgt aber nicht, daß der census selbst aufgehört habe[16]). Ulpian[17]) führt es ja noch als ein Beyspiel der capitis deminutio maxima an, *cum incensus aliquis venierit*. Es muß also zu seiner Zeit der census noch im Gebrauche gewesen seyn, wenn gleich, wie er an einem andern Orte[18]) sagt, die manumissio per censum, so wie sie ehemals lustrali censu auf eine feyerliche Art zu geschehen pflegte, zu seinen Zeiten Antiquität war. Ueberdem schrieb Ulpian selbst noch unter Antoninus Caracalla sechs Bücher de censibus[19]), und bemerkt, daß beym Census eben so wohl das Alter, als eine genaue Beschreibung der Grundstücke und Sklaven

13) L. I. cap. 44.

14) Antiquit. Rom. Lib. IV. p. 225.

15) Trebellius Pollio in *Valeriano*. cap. 1. et 2.

16) S. Schulting ad *Caji* Institut. Lib. I. Tit. 1. §. 1. not. 17. in *Jurispr. Antejust.* pag. 10. *Idem* ad *Ulpianum* Tit. I. §. 8. not. 28. in *Iur. Antej.* p. 564. et ad fragmentum regularum ex *Dositheo* §. 17. not. 67. ibid. pag. 808. *Rutg. Ant. van* Beem Diss. cit. de manumissionib. in SS. Eccless. Cap. I. §. 14 — 18. und *Ant. Guil.* Cramer Vespasianus. pag. 64. sqq.

17) *Fragm. Tit. XI.* §. 11.

18) *Fragm. Tit. I.* §. 8.

19) *L. 1. pr. D. de Censibus.* S. *Tob.* Gutberleth Diss. ad L. 1. §. 6. 7. 8. et 9. de Censibus. Cap. I. et IX. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 295. und *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. pag. 262.

beygebracht werden müsse [20]), welches man, wie Arcadius Charisius [21]) bemerkt, *censualis professio* nannte. Hieß nun auch Census vorzüglich der Tribut, oder die Vermögenssteuer, so muß es doch auch unläugbar noch zu Ulpians Zeiten tabulae censuales gegeben haben, und auch diese nannte man, so wie in den Provinzen die professiones, *census*, wie Ulpian [22]) selbst lehrt. Ehemals mußte freylich alles, was beym census verhandelt wurde, erst durch das lustrum bestätiget werden, allein unter den Kaisern band man sich nicht mehr an das lustrum [23]). Ganz recht sagt daher Donellus [24]): MARCELLUS *census* vocat tabulas et scripturas publicas de civium censu et bonorum aestimatione. *Census* nannte man aber auch 2) die öffentlichen Register über das Gebiet einer Stadt, und die darin liegenden steuerbaren Ländereien ihrer Bürger, welche von den Censitoren errichtet, und von den Peräquatoren und Inspectoren revidirt wurden. Sie

20) *L.* 3. *et* 4. *C. de Censibus.*

21) L. 18. §. 16. *D. de muneribus.* *L.* 3. *Cod. Sine censu vel reliquis.*

22) *L.* 2. *D. de Censibus.*

23) Eine merkwürdige Stelle aus dem Fragment des DOSITHEUS §. 19. in HUGO *iure civ. Antejust.* Tom. I. pag. 260. kann hier zum Belege dienen. Man vergl. auch *Frid. Ad.* SCHILLING Diss. crit. de fragmento iuris. Rom. Dositheano. P. I. *Lipsiae* 1819. §. 8. pag. 24. sq.

24) Commentar. ad Tit. Pand. de fide instrumentorum. Cap. 2. pag. 280.

hießen auch libri *polyptici*[25]). Cujaz[26]) sagt: *Censum* dicimus publicas tabulas territorii civitatis, et agrorum cuiusque. An einem andern Orte[27]) bemerkt er jedoch, daß auch die tributa, vectigalia, publicae pensitationes, quod onus est agrorum, non personarum, et quidem onus omnium agrorum, qui sunt *censui censendo*, id est, qui iure civili emi et vendi possunt, *Census* genennt werden. Cujaz[28]) sagt weiter: *Census* sunt descriptiones iugerum et capitum[29]). *Censitores* sunt, qui census agunt, *Peraequatores* et *Inspectores*, qui emendant, praediis inspectis et adaequatis invicem, ut releventur, quibus gravius est onus adscriptum, graventur, quae sunt censita levius[30])

25) S. *Jac.* GOTHOFREDI Commentar. in L. 2. Cod. Theod. XI. 28. de indulgentiis debitorum Tom. IV. pag. 204. et 205. *Idem* in Paratitl. ad Tit. 10. libri. XIII. de censu. Tom. V. pag. 126. et in Paratitl. ad Tit. 11. de censitoribus, peraequatoribus et inspectoribus pag. 139. sq.

26) Paratitl. in Tit. Pandectar. de Censibus.

27) Paratitl. in libr. IV. ad Tit. 47. Cod. Sine censu vel reliquis.

28) Commentar. ad Libr. XI. Tit. 57. Cod. de censibus, et censitoribus, et peraequatoribus et inspectoribus.

29) *Capita* heißen hier die steuerbaren Grundstücke, so wie die Besteuerung derselben, oder die darauf gelegte Steuer *capitatio*, oder auch *iugatio* genennt wurde. S. GOTHOFREDI Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de censu. Tom. V. pag. 131.

30) S. auch GOTHOFREDI Paratitl. ad Tit. 11. Lib. XIII. Cod. Theod. de censitoribus. Tom. V. pag. 140.

Monumentum heißt überhaupt jedes Denkmal, quod rei memoriam ad posteritatem propagat, wie Brisson [31]) sagt. Daher nennen die Kaiser Arcadius und Honorius die alten libri censuales, *veterum monumenta chartarum* [32]). Sind sie von obrigkeitlichen Personen, und unter deren Auctorität errichtet, so werden sie *monumenta publica* genennt, und sind entweder Urkunden auf Stein und Metall, *monumenta* im eigentlichen Sinn, oder es sind Gerichts-Acten, monimenta actorum [33]). Hier scheint Marcellus unter *monumenta publica* vorzüglich die Denkmäler von Metall verstanden zu haben, welche über Grundeigenthum, Ackergränzen, und Ländervertheilungen unter öffentlicher Auctorität von den Agrimensoren und Censitoren pflegten errichtet zu werden [34]). Barnabas Brisson [35]), und Wilhelm Fornerius [36]) haben diesen Begriff aus einer

31) De Verb. iuris Significat. voc. *Monumentum*. nr. 3.

32) *L.* 2. *Cod. Theod. XI.* 28. *de indulgentiis debitor.*

33) *L.* 31. *Cod. de donation.*

34) Gegenstand der Agrimensoren war nur hauptsächlich das vom Staate angewiesene, und limitirte Land, welches vom Gemeinlande oder der Staats-Domaine abgesondert war. Nur für diese war eine gewisse Form und Maaß zum beständigen Andenken und Beweiß auf Metall verzeichnet. Die agri occupatorii und arcifinii, welche durch natürliche oder willkährliche Feldscheiden abgegränzt waren, hatten, wie Siculus sagt, weder Form noch Metall. S. *Jac.* Cujacius Observat. Lib. X. cap. 2. und Niebuhr Römische Geschichte. 2. Th. S. 379. ff.

35) Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. et 6.

36) Selection. Lib. III. cap. 2.

Menge von Stellen aus Frontinus, Siculus Flaccus, Hyginus, und Aggenus Urbicus erwiesen. Man erkennt es auch schon aus einer Stelle in den Pandecten. Venulejus Saturninus[37]) sagt nämlich *libro* 3. *iudiciorum publicorum*: *Qui tabulam aeream* Legis, *formamve agrorum, aut quid aliud continentem*, refixerit vel quid inde immutaverit, *Lege Julia peculatus* tenetur. Aus solchen tabulis aeneis wurden nun vorzüglich die Streitigkeiten über Ackermaaß, und Ackergränzen entschieden, wie aus der Constitution des Kaisers Tiberius de lege agrorum et limitum bey Julius Frontinus erhellet, wo gesagt wird, *monumenta illa publicam fidem tenere;* und Siculus Flaccus de conditionibus limitum bemerkt: *illam tantum fidem agrorum videri, quae tabulis aereis manifestatur, continentibus formas agrorum.* Und hieraus erklärt sich denn, wenn Marcellus in unserm Fragment sagt, sie wären in solchen Streitigkeiten ein besserer Beweis als Zeugen, wie auch durch ein Senatusconsult soll verordnet worden seyn, wovon sich jedoch ausserdem keine weitern Nachrichten finden. Von diesem Beweise durch Monumente bey Gränzstreitigkeiten spricht auch Papinian, wenn er *libro II. Responsorum*[38]) sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, ac *census auctoritas* ante litem inchoatam ordinati sequenda est. Doch fügt er die Ausnahme hinzu: modo

37) *L. 8. pr. D. ad Legem Juliam peculatus.*

38) *L. 11. D. fin. regund.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. II. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 71. S. auch den 10. Th. dieses Commentars §. 720. S. 458.

si non varietate successionum, et arbitrio possessorum, fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur [39]). So wie nun bey Gränzstreitigkeiten der Beweis durch alte Monumente dem Beweise durch Zeugen vorgezogen wurde, so gab es auch noch andere Fälle, wo der Beweis durch Zeugen nicht hinreichte, sondern durch Urkunden geführt werden mußte. Dahin gehörte der Fall, wenn über die Ingenuität ein Streit entstand. So rescribirte Kaiser Alexander *L. 2. Cod. de testib.* Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes. *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Ausserdem haben Urkunden und Zeugen-Aussagen in der Regel gleiches Gewicht [40]). Nach einer griechischen, vom Cujaz [41]) wiederhergestellten Constitution [42]), die vom Kr. Antonin herrühren soll, sollen jedoch mündliche Zeugenaussagen nichts gelten gegen eine schriftliche Urkunde, welche von Zeugen unterschrieben ist [43]).

---

39) *L. 5. Cod. eodem.* wiederholt dieses mit denselben Worten.

40) *L. 15. Cod. de fide instrumentor.*

41) Observation. Lib. XIII. cap. 38.

42) *L. 1. Cod. de testib.*

43) S. *Joh.* a COSTA Praelect. ad illustriores quosdam titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 1. cit. pag. 252. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XCIX. Th. 3. erklärt die *L. 1. C. de testibus:* Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur, so, daß dieselben Zeugen, welche die Urkunde unterschrieben, und durch ihr Zeugniß bekräftiget haben, nicht gehört werden sollen, wenn sie nachher das Ge-

L. 11. Celsus *libro undecimo Digestorum.*

Non est necesse pupillo probare, fideiussores, pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse. Nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur [44]).

Celsus handelte im eilften Buche seiner Digesten von der actio tutelae adversus magistratum, wie aus der Verbindung dieses Fragments mit *L. 7. D. de magistratibus conveniendis* erhellet, welche aus eben diesem Buche genommen ist. Diese Klage hatte nach dem Römischen Recht nicht gegen alle und jede Magistrate Statt, welche den Pupillen Vormünder zu bestellen gesetzlich auctorisirt waren, sondern nur gegen magistratus municipales, nämlich gegen die duumviros [45]). Die magistratus maiores, der Praefectus urbi, der Praetor, der Präses der Provinz, der Proconsul, hatten bey der Bestellung der Vormünder das Recht der Inquisition, worunter man die feierliche Untersuchung der Eigenschaften eines Tutors verstand. Diese machte, wenn sie billigend ausfiel, jede andere Ge-

gentheil von dem bezeugen wollen, was in der Urkunde enthalten ist. Jedoch nimmt er den Fall aus, wenn diese Zeugen läugnen sollten, daß sie bey Errichtung der Urkunde zugegen gewesen, und dieselbe unterschrieben hätten. Denn der Beweis des Falsums findet gegen jede Urkunde Statt. *L. 23. Cod. ad L. Cornel. de falsis.*

44) Cod. Erl. *caveatur.* Haubolds *idonee caveretur.*

45) §. 2. et §. 4. *I. de Satisdat. tutor. vel curator. L. 1. pr. D. de magistratib. conveniend.* Ger. Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 8. Opp. Tom. II. pag. 582. und *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 14.

cherheitsleistung unnöthig. Daher hatte die actio tutelae subsidiaria gegen solche Magistrate nicht Statt [46]). Die Municipal-Obrigkeiten hatten hingegen ein solches Inquisitionsrecht nicht, sie mußten sich daher von den Vormündern, die sie ernannten, Satisdation, d. i. eine Caution durch tüchtige Bürgen bestellen lassen [47]), und wenn sie etwas dabey versahen, machten sie sich selbst verantwortlich [48]). Gegen sie war daher die actio subsidiaria adversus magistratum unter dem Kaiser Trajan durch ein Senatusconsult eingeführt [49]). Wenn nun der Pupill den Tutor, und die Bürgen ausgeklagt, und von keinem derselben seine Entschädigung erhalten hatte, so kam es nun, wenn er den Magistrat selbst in Anspruch nahm, darauf an, wer den Beweis übernehmen müsse, wenn die Frage war, ob die für den Vormund angenommenen Bürgen schon gleich anfangs keine fideiussores idonei gewesen, oder ob sie es erst nachher durch Zufall geworden sind. Da die Municipalobrigkeiten für künftige Ereignisse nicht haften durften, so konnte nur in dem ersten Falle eine Ver-

46) *L. 1. §. 1. D. de magistrat. conven.*

47) *L. 3. D. de tutor. et curator. dat. L. 1. §. 11. et 15. D. de magistrat. conuen.*

48) *L. 2. Cod. de magistrat. conven.*

49) *L. 5. Cod. eodem.* Impp. DiocLet. et Maxim. In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem ex *Senatusconsulto*, quod auctore *Divo* Trajano, Parente nostro factum est, constitit. S. Bach Traianus pag. 158—160.

antwortlichkeit derselben Statt finden [50]). Dem Pupillen, wenn er gleich der Kläger ist, kann nun auf keine Weise zugemuthet werden, das Gegentheil von dem zu beweisen, was zur Ausführung der Einrede des Beklagten gehört. Er braucht nur nachzuweisen, die Bürgen, die der beklagte Magistrat für den Tutor angenommen, seyen nicht solvent gewesen. Es ist lächerlich, mit der Glosse von der Gegenwart auf die Vergangenheit zu schließen, und die Vermuthung anzunehmen, als ob die Bürgen, die jetzt nicht solvent befunden werden, auch gleich anfangs nicht tüchtig gewesen wären. Nein, es ist hier von keiner Präsumtion die Rede, welche für die Pupillen streitet, sondern dem Magistrat, sagt Celsus, liegt der Beweis ob, weil es zu seiner Amtspflicht gehörte, für die Sicherheit des Pupillen besorgt zu seyn. Er ist also auch schuldig über das, was er von Amtswegen gethan, Rechenschaft abzulegen [51]). Mit Celsus stimmt auch Ulpian überein, welcher *libro XXXVI ad Edictum* [52]) sagt: Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fideiussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed Magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.

---

50) *L. 1. §. 11. D. de magistrat. conveniend.*

51) S. Donellus ad Tit. Dig. de probationibus. Cap. 4. pag. 266. et 267.

52) *L. 1. §. 13. D. de magistrat. conveniend.*

L. 12. IDEM *Libro septimo decimo* [53]) *Digestorum.*

Quingenta [54]) testamento tibi legata sunt: item scriptum est [55]) in codicillis postea scriptis [56]). Refert duplicare legatum voluerit, an repetere: et oblitus [57]) se in testamento legasse, id fecerit: Ab utro [58]) ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum [59]) probationes quaedam a reo [60]) exiguntur. Nam si creditum petam [61]), ille respondeat, solutam esse pecuniam: ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse [62]), ipse heres id adprobare [63]) iudici debet.

53) Haloander lib. XII. Dig. Baudoza lib. XVI. Digestorum. Alle übrige *lib. XVII. Dig.*

54) Holoander Quinquaginta. So lasen allerdings mehrere alte Handschriften, wie schon Accursius in der Glosse bemerkt hat.

55) So ist die Schreibart in der Torellischen Ausgabe. Gebauer hat, wie die meisten, idem scriptum. Allein Russard und Charondas haben die Torellische Scriptur beybehalten.

56) Haloander: Idem scriptum est *postea in codicillis.*

57) Haloander et *an* oblitus. Eben so Baudoza.

58) Cod. Erl. ab *utroque*, und über ab ist *an* durch Beyfügung eines Einschaltungszeichens geschrieben.

59) Haloander *interdum.* Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 3. haben ἔστιν, welches eben soviel bedeutet.

60) Haloander *et* a reo.

61) Hal. *petatur.*

62) Cod. Erl. inanem esse dicat. Eben so Baudoza.

63) Cod. Erl. *probare.* Eben so Baudoza.

Der Testator hatte dem Titius 500 in seinem Testament vermacht. Er machte nachher ein Codicill, in welchem demselben Legatar die nämliche Summe vermacht war. Nach dem Tode des Testirers fordert Titius zweymal 500, die eine Summe aus dem Testament, die andere aus dem Codicill. Der Erbe behauptet, dem Kläger gehörten nur 500, denn ihm seyen nicht zwey, sondern nur ein Vermächtniß hinterlassen worden, welches der Testator blos zu mehrerer Gewißheit nochmals im Codicill wiederholt habe. Wäre hier nicht von einer Summe die Rede, oder wäre dieselbige Summe in einem und eben demselben Testamente mehrmals vermacht worden, so würde der Erbe nicht Unrecht haben, und der Legatar würde sich der Beweislast nicht entziehen können. Darüber haben auch Ulpian[64]), Julian[65]), und Papinian[66]) längst entschieden. Allein in dem Falle, den Celsus in unserm Fragment entscheidet, war es schon zweifelhafter, was die Absicht des Testirers gewesen sey, ob er das Legat habe verdoppeln oder nur wiederholen wollen? Denn man könnte zwar auch hier sagen, der Testator habe vielleicht vergessen, daß er dem Legatar schon 500 im Testament vermacht habe. Es könnte also den Anschein gewinnen, als ob dem Legatar, als dem Kläger, der Beweis obliege. Allein des Klägers Intention war schon dadurch hinlänglich begründet, daß er zwey schriftliche Verordnungen des Testirers für sich hatte, in welchen dieselbe Summe des Legats ausgedrükt

64) *L.* 34. §. 1. *et* 3. *D. de legatis I.*

65) *L.* 86. §. 1. *D. eodem.*

66) *L.* 66. §. 5. *D. de legat.* 2. *Jos.* Averanius Interpretat. iuris. Lib. IV. cap. 20.

war [67]). Behauptete nun dagegen der Beklagte, das Codicill gelte nicht für ein besonderes Legat, es enthalte blos eine Wiederholung und Bestätigung des frühern Vermächtnisses, oder sey aus Vergessenheit des frühern Legats gemacht worden, so ist dieß eine Einrede, wodurch er den Grund der Klage bestreitet, und zu zerstören sucht. Der Erbe muß also den Beweis davon um so mehr übernehmen, da Vermächtnisse überhaupt zu Gunsten des Legatars erklärt werden sollen [68]).

L. 13. IDEM *libro trigesimo* [69]) *Digestorum*.

Cum de aetate hominis [70]) quaereretur [71]). Caesar noster in haec verba rescripsit. Et durum et ini-

67) *L.* 27. *pr. D. de legat. III.* Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 87.

68) *Jac.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7. Ueber L. 12. de probat. vergleiche man *Franc.* DUARENUS in Tit. Pand. et Cod. de probat. Cap. 3. pag. 936. *Hug.* DONELLUS ad h. Tit. Cap. 3. pag. 254. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 9. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 55.) *Lud.* CHARONDAS Πειθανων. s. Verisimilium Lib. I. cap. 21. nr. 5. (*Thes. Otton.* Tom. I. p. 734.) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 476.

69) Haloander Lib. XIII.

70) *M. Ant.* MURETUS Observat. iuris. Cap. 12. *Th. Otton.* Tom. IV. p. 140. will *de statu hominis* lesen.

71) Cod. Erl. *quaeritur*.

quum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur [72]), et diversae professiones proferuntur [73]), ea [74]) potissimum stare, quae nocet [75]): sed causa cognita veritatem excuti oportet: et ex eo potissimum annos [76]) computari, ex quo praecipuam [77]) fidem in ea re constare credibilius videtur.

Celsus führt hier ein Rescript seines Kaisers an, welches von dem Beweise des Alters eines Menschen handelt. Wer dieser Kaiser sey, und an wen das angeführte Rescript ergangen sey, wird nicht gesagt. Da Juventius Celsus der jüngere, aus dessen Digesten auch dieses Fragment entlehnt ist, vorzüglich unter Trajan und Hadrian blühete [78]), so muß das Rescript, wie auch Peter Burgius glaubt, vom Trajan oder Hadrian

72) Haloander *quaeritur.* Eben so Baudoza. Muretus a. a. O. will folgendermassen lesen: cum de statu alicuius quaeritur. Er meint, es sey nicht die Frage vom status aetatis, sondern vom status im ächtjuristischen Sinne, nämlich vom status libertatis oder civitatis gewesen. Allein zu dieser Emendation ist gar kein hinlänglicher Grund vorhanden. Auch die *Basilica* Tom. III. pag 3. haben *περὶ ἡλικίας.* de aetate.

73) Cod. Erl. *proferrentur.*

74) Haloander ei. Eben so Baudoza.

75) Haloander, wie Baudoza, noceat.

76) Muretus c. l. emendirt *anno.* Auch zu dieser Emendation ist gar kein Grund vorhanden.

77) Haloander *praecipue.*

78) S. Christ. Lud. Neuber juristische Classiker. 1. Th. Berlin 1806. Nr. VII. Celsus. S. 138 und 139.

seyn [79]). Es war hier die Frage, wenn über den status aetatis ein Streit entsteht, wornach man sich zu richten habe, wenn verschiedene professiones von den Partheyen beygebracht werden? Es verdient hier Erstens der Ausdruck *status aetatis* unsere Aufmerksamkeit. Es ist bekannt, daß man in neueren Zeiten die alte Vorstellung vom status naturalis und civilis als fehlerhaft und inconsequent verworfen hat, und nur allein den letztern, als den Inbegriff der allgemeinen Gründe und Bedingungen, unter welchen Jemand als eine Person im Römischen Staate anzuerkennen war, im Sinne des Röm. Rechts unter dem *status hominis* verstehen will [80]). Da diese Bedingungen denn freylich nur in der libertas, der civitas, und der familia bestanden, so war ein status naturalis in jenem Sinne undenkbar. Daß diese Idee die alte und ursprüngliche Vorstellung der Römer, mithin die ächt juristische sey, kann wohl nicht bezweifelt werden. Allein eben so wenig kann es auch einigem Zweifel unterworfen seyn, daß man mit dem Worte *status* noch eine allgemeinere Bedeutung verknüpft habe, welche auch bey der Ueberschrift des Titels der Pandecten de statu hominum zum Grunde liegt, wie aus *L.* 7. *L.* 9. *L.* 10. *L.* 14. *L.* 26. *eiusd. Tit.* zu ersehen ist. In dieser allgemeinen Bedeutung ist denn *status* soviel als conditio hominis, d. i. die Beschaffenheit eines menschlichen Wesens, von welcher Rechtsverhältnisse abhängen [81]). Je

79) Burgius Elector. libr. Cap. 6. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 319.)

80) S. von Feuerbach civilistische Versuche 1. Th. Nr. VI. S. 181. ff.

81) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 60. Not. 1. S. 60. der 5. Aufl. und Dabelow Hand-

nachdem nun diese Beschaffenheit entweder von der Natur des Menschen, oder von seinem bürgerlichen Leben und Verhältniß zum State abhängig ist, kann der status hominis allerdings entweder *naturalis* oder *civilis* seyn [82]). Der Ausdruck status naturalis ist zwar freylich dem Röm. Recht fremd, allein doch die Sache selbst nicht, welche mit diesem Ausdrucke bezeichnet wird. Dieß beweißt nun vorzüglich auch unser Fragment, in welchem namentlich von statu aetatis alicuius die Rede ist [83]).

Soviel nun hiernächst den Beweis des Alters anbetrifft, so konnte der Fall, wo über das Alter eines Menschen gestritten wird, eben so häufig vorkommen, als die Frage entstehen, wem in diesem Falle der Beweis obliege, oder, wessen Beweis entscheidend sey, wenn die beygebrachten Beweise einander widerstreiten? Der griechische Scholiast [84]) führt das Beyspiel an, wenn Jemand seines Alters wegen die Restitution gegen einen geschlossenen Contract sucht. Allein es konnte ja auch der Fall vorkommen, daß über das Testament eines Verstorbenen gestritten wurde, welches der Intestaterbe aus dem Grunde anfocht, weil der Testirer noch nicht das erforderliche Alter bey Errichtung desselben gehabt habe. Jac. Gode-

buch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818.) §. 210. und §. 211.

82) *Jo. Christ. Frid.* Meister Ius. Rom. privat. Vol. I. §. 59—62.

83) Man vergleiche auch *L.* 77. §. 14. *D. de legat. II. L.* 1. §. 11. *L.* 3. §. 6. *et* 8. *D. de Carbon. Edicto.*

84) *Scholia Basilikwv.* Tom. III. pag. 32. not. x.

froi[85]) meint jedoch, unser Celsus habe vielmehr in Beziehung auf die Lex Iulia de maritandis ordinibus von dem Beweise des Alters gehandelt, und das Capitel desselben vor Augen gehabt, vermöge welchen man sich nicht mit einem noch nicht zehenjährigen Mädchen verloben solle, die man nicht längstens in zwey Jahren heyrathen könne, wenn man die Rechte und Belohnungen der Ehemänner auch schon als Bräutigam genießen wolle. Nun verwirft zwar Franz Ramos del Manzano[86]) diese Ansicht; allein daß Celsus im 30 Buche seiner Digesten wirklich von der Lex Papia handelte, setzt die *L.* 23. *D. de ritu nuptiar.* ausser allen Zweifel. Auch Heineccius[87]) bezieht daher unser Fragment auf die Lex Iulia, obgleich auf ein anderes Capitel desselben, nämlich auf das dritte, welches von den Ehen sechzigjähriger Manns- und funfzigjähriger Frauenspersonen handelte, und nachher durch das Persicianische, Claudianische und Calvisianische Senatusconsult mancherley Bestimmungen und Abänderungen erhielt[88]). Hätte indessen auch dieß alles an sich seine unbezweifelte Richtigkeit, so würde man wenigstens jetzt nicht mehr unser Fragment auf jene Lex Iulia beschränken können, da Justinian

85) Fontes quatuor iuris civ. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. pag. 275. not. c. (*Genevae* 1653. 4.)

86) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. IV. nr. 5. (in *Ger.* Meerman *nov. Thes. iur. civ. et can.* Tom. V. pag. 446.)

87) Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 3. pag. 160.

88) S. *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. cap. 7. und Püttmann de nuptiis senum commentat. *Halae* 1782. 8.

dieselbe gänzlich aufgehoben hat [89]). Es sind also wohl die oben angeführten Fälle die passendsten.

Wie ist nun also in solchen Fällen das Alter zu beweisen? Modestin sagt *Lib.* 2. *Excusationum* [90]): H' δὲ ἡλικία δείκνυται ἢ ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων. i. e. Aetas autem probatur aut *ex nativitatis scriptura*, aut aliis demonstrationibus legitimis. Was Modestin hier παιδογραφία, oder *nativitatis scriptura* nennt, ist beym Celsus *professio* oder eigentlich *natalis professio*, wie sich die Kaiser Diocletian und Maximian [91]) ausdrüken. Dergleichen professiones natales konnten von zweyerley Art seyn, publicae und privatae, je nachdem sie entweder aus öffentlichen Acten, oder aus bloßen schriftlichen Privat-Anmerkungen der Eltern, oder aus andern Nachrichten hervorgenommen wurden. Seitdem nämlich die Lex Iulia et Papia Poppaea mit einer gewissen Zahl ehelich erzeugter Kinder Belohnungen und Immunitäten verknüpft hatte, war es Sitte, daß die Eltern die Namen ihrer neugebohrnen Kinder in die öffentlichen Bürger-Rollen (tabulae publicae) einschreiben ließen. Man behauptet zwar gewöhnlich, diese Anstalt der professio liberorum rühre vom Kr. Marcus Antoninus her. Von diesem erzählt nämlich sein Biograph Julius Capitolinus [92]) folgendes. *Inter haec liberales causas ita munivit, ut primus iuberet apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos liberos*

89) *L.* 27. *Cod. de nuptiis.*

90) *L.* 2. §. 1. *D. de Excusation.*

91) *L.* 6. *Cod. de fide instrum.*

92) In *Marco Antonino. Philos.* cap. 9.

profiteri intra tricesimum diem, nomine imposito. Per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret, quod Romae apud praefectos aerarii: ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret. Allein daß diese professio schon vorher unter Domitian, Trajan, und Antoninus Pius im Gebrauche gewesen sey, hat Heineccius[93]) aus den Zeugnissen des Juvenals[94]) und Apulejus[95]) hinlänglich erwiesen. Deswegen dürfen wir aber doch auch das Zeugniß des Capitolins nicht verwerfen. Marcus Antoninus verordnete allerdings zuerst, daß auch, insonderheit um der causae liberales willen, jeder Bürger seine neugebohrne Kinder, und zwar binnen dem dreyßigsten Tage, bey den praefectis aerarii Saturni, so wie in den Provinzen bey den Tabulariis anzeigen sollte, damit der Beweis ihrer freien Geburt, wenn diese etwa in der Folge in Streit gezogen werden sollte, daraus geführt werden könnte[96]). Das aerarium Saturni war

93) Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. § 6. pag. 213—215.

94) *Satyr.* IX. v. 82.

95) *Apologia* Tom. I. pag. 328. edit. *Altenb.*

96) *Em.* Merillius Observat. Lib. III. cap. 33. glaubt, daß man in der angeführten Stelle des Capitolinus statt intra tricesimum diem vielmehr intra tertium diem lesen müsse, weil ein neugebohrnes Kind, wenn es nur den neunten Tag überlebt hatte, an welchem ihm sein Name war beygelegt worden, schon den Eltern nützte, um die Decima von einander zu erben. Er glaubt auch, daß die professiones natalium durch die

nämlich damals das Hauptarchiv der Römer [97]), welches deswegen Plutarch [98]) τῶν συμβολαίων φυλακτήριον und Apulejus [99]) Tabularium publicum nennt. Ausserdem daß die geschehenen Professionen in die Stadt-Acten aufgenommen, und diese Geburtslisten in dem Stadt-Archiv aufbewahrt wurden, erhielten auch die Eltern noch einen besondern Geburtsschein für das Kind, welches sie angezeigt hatten. Apulejus sagt daher: *Pater natam sibi filiam more ceterorum professus est. Tabulae eius partim tabulario publico, partim domo adservantur.* Dieser tabulae professionum geschieht auch in einer Verordnung des Kaisers Alexander, als Beweismittel für das Alter, Erwähnung [100]), und da bey der Profession auch die Zeit der Geburt des Kindes angegeben werden mußte, so ist es ausser Zweifel, daß das Alter eines Menschen vorzüglich daraus erwiesen werden konnte. Nun konnte aber sich der Fall ereignen, daß die professio publica mit der privata nicht übereinstimmte. Z. B. die professio privata war eine Aufzeichnung der Mutter oder des mütterlichen Großvaters. Hatte nun die professio publica mehrere Glaubwürdigkeit, als die privata? Man setze den Fall, daß gerade die publica den Gegenbeweiß enthielt. Es konnte auch seyn, daß die

Lex Papia seyen eingeführt worden. Allein man sehe Heineccius ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 4.

97) S. *Jo. God.* Richter Diss. de tabulariis urbis Romae. *Lipsiae* 1736. Cap. 4.

98) *Quaestion. Roman.* 42.

99) Cit. loc.

100) *L. 1. Cod. Si minor. se majorem dix.*

von beyden Partheyen beygebrachten Professionen blos Privatscripturen waren, wie Peter Burgius[1]) den Fall sich denkt. Denn zuweilen konnte die professio auch wohl von beyden Eltern unterlassen worden seyn. Dieß konnte dem Kinde freylich nicht zur Last gelegt werden[2]). Welche von beyden Professionen gab nun aber bey dem Beweise über das Alter den Ausschlag? der Kaiser entscheidet diese Frage dahin, es solle die Wahrheit genau untersucht, und das Alter nach derjenigen Urkunde bestimmt werden, welche unter den vorliegenden Umständen den meisten Glauben verdient. Die professio publica kann also an sich, und als solche, auf keine vorzüglichere Glaubwürdigkeit Anspruch machen. Sie war zwar öffentliche Urkunde, und hatte auch, als solche, öffentlichen Glauben. Aber sie war nur öffentliche Urkunde über die Wahrheit der wirklich so geschehenen Angabe, als sie sich nach ihrem Inhalte aussprach. Ihr Inhalt selbst beruhete jedoch auf der bloßen Privatanzeige des Vaters oder der Mutter, von denen dieselbe apud acta geschehen war, wie auch Westenberg[3]) sehr richtig bemerkt. Dem Inhalte nach verdiente also eine professio privata soviel Glauben, als eine publica[4]). Ja man konnte der apud acta

1) Elector. cap. 6. pag. 320.

2) *L.* 15. *Cod. de liberali causa.*

3) Divus Marcus. Diss. VII. §. 14. (*Oper a Jungio* editor. Tom. III. pag. 92.)

4) Von der Glaubwürdigkeit elterlicher Anmerkungen in Familiensachen, besonders in Beziehung auf die Kinder, sehe man überhaupt Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses. 4. Bd. Nr. XLVI. §. 4. Nr. 5. und §. 9. S. 372.

geschehenen Professionen schon darum nicht geradezu den Vorzug geben, weil man Beyspiele hatte, daß bey uneinigen Eheleuten zuweilen absichtlich zum Nachtheil und zur Kränkung des andern Theils eine falsche Angabe geschehen war, wovon Scävola in der *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* ein Beyspiel anführt. Auch die Kaiser Diocletian und Maximian sprechen *L.* 14. *C. h. t.* von einer ementita professio [5]). Mit Recht rescribirte daher der Kaiser bey Celsus, nur die Wahrheit solle in solchen Fällen entscheiden, nicht die äussere Form der Urkunde. Ausserdem war zwar auch der Fall möglich, daß die professio, sie sey eine publica oder privata, mit Zeugenaussagen im Widerspruche stand, deswegen möchte ich aber doch nicht mit Pothier [6]) unter professiones, von welchen das Rescript spricht, blos depositiones testium verstehen, als welche, wie Brisson [7]) lehrt, nicht sowohl professiones, als vielmehr testationes genennt werden. Schon Wilhelm Budäus [8]) tadelte daher wegen dieser Erklärung die Gloße, und bewies aus einer Menge klassischer Stellen, daß *profiteri* eigentlich so viel heiße, als publice et apud acta aliquid ultro denunciare. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch in diesem Falle des Wider-

5) Mehrere Beyspiele solcher falscher Anzeigen enthalten *L.* 15. *L.* 22. *L.* 24. *C. de liberali causa.* Man vergleiche auch *L.* 5. *C. de testam.*

6) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVI. not. d.

7) De Verbor. iur. Significat. Voc. *Professio*, *profiteri*, und *testatio*. Man vergleiche auch *Fr.* Ramos del Manzano ad LL. Iul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 3. pag. 450.

8) Annotat. in Pandectas ad nostr. L. fol. 169. b. (*Lutetiae* 1556 f.)

spruchs die Entscheidung unsers Gesetzes zur Anwendung kommen müßte. Es versteht sich endlich auch wohl von selbst, daß den Beweiß des Alters derjenige übernehmen müsse, der den Grund seiner Intention darin setzt. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian der Martiana [9]): Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas, adire Praesidem provinciae debes, *et de ea aetate probare;* und Marcellus [10]) lehrt *lib. I. de officio Praesidis:* De aetate eius, qui se maiorem annis viginti quinque dicit, causa cognita probandum est: quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis et aliis causis praeiudicatur.

L. 14. ULPIANUS *libro secundo de officio Consulis.*

Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat [11]), referendum est [12]) quis actoris partibus fungatur: et si quidem in possessionem [13]) liber-

9) *L. 9. Cod. h. t.* et ad h. L. *Jan. a* COSTA Praelection. pag. 234. sq.

10) *L. 43. D. de minorib.* Adde *L. 4. Cod. de in integr. restitut. minor.*

11) Hal. *dicit.*

12) d. h. es ist zu berücksichtigen, oder zu erwägen. Die Glosse erklärt das referendum durch distinguendum est.

13) Cod. Erl. in possessione. Eben so Haloander und Baudoza. Allein der Accusativ statt des Ablativs ist bey Ulpian gar nicht ungewöhnlich. Eben so sagt er *L. 1. §. 1. D. de Carbon. Edicto* in possessionem

tinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere: docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione [14]) ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet eius, qui ei [15]) controversiam movet, hoc [16]) probare debet, qui eum dicit libertum suum [17]). Quid enim interest, servum suum quis, an libertum [18]) contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationem [19]), ad hoc ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse [20]) ut pronuntietur: an obtemperare [21]) ei debeat, tractari potest: et non ab re

bonorum esse. *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam. facere poss.* in iudicium testis esse vetatur. *L.* 5. *pr. D. de impens. in res dot. fact.* manere in rerum detentationem. *L.* 42. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* in societatem perseverare. *L.* 8. *pr. D. de novat.* in moram esse. Noch mehrere Stellen führt Westenberg in Divo Marco Diss. VIII. §. 14. pag. 102. an.

14) Cod. Erl. in possessionem.

15) Ei fehlt in Cod. Erl.

16) Cod. Erl. *et* hoc.

17) Cod. Erl. suum *esse.*

18) Cod. Erl. servum quis an libertum suum contendat. Haloander servum *quis* suum.

19) Cod. Erl. probationes. Eben so Haloander und Bauboza.

20) Cod. Erl. ingenuum esse. Haloander: ut se ingenuum esse pronuncietur: Bauboza: ut ingenuus esse pronuncietur.

21) Haloander: *obtemperari.* Dieser Leseart giebt Brenkmann den Vorzug.

esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum[22]), et sententiam secundum se dandam[23]), cum nulla captio intercedat iuris[24]).

Dieses Fragment liefert einen neuen Beleg zur obigen Erklärung der *L.* 8. *h. t.* und bestätigt den Satz, daß bey entstandenen Rechtsstreitigkeiten über den status eines Menschen derjenige die Rolle des Klägers, mithin auch die Last des Beweises zu übernehmen habe, welcher sich nicht in dem Besitz des Status befindet, über welchen gestritten wird. Hier ist nun zwar der Fall, daß Jemand behauptet, er sey ein ingenuus, welchen ein Anderer für seinen libertus hielt; allein es gilt hier das

22) Hal. morem geri *probandi* se ingenuum. Eben so *Frr. Sennetonii.* Diese Leseart billigen auch Brenkmann und *Jo. Guil.* Hoffmann Meletem. s. Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. Sie ist auch dem Sinn ohne Zweifel mehr angemessen, und wird auch durch die Erklärung des griechischen Scholiasten in den Basiliken Tom. III. pag. 33. unterstützt: *Τί οὖν ὅτι ἐὰν ἐν νομῇ ὢν ἐυγενείας ὁ λεγόμενος ἀ πελέυθερος, καὶ θαῤῥῶν τοῖς, οἰκέιοις δικαίοις ἐπαγάγηται δεικνύειν ἑαυτὸν ἐυγενῆ, ἆρα δεχόμεθα ἀποδεικνύοντα αὐτὸν, κἂν ἀποδείξῃ, ψηφιζόμεθα εἶναι αὐτὸν ἐυγενῆ; λέγει ὁ Οὐλπιανὸς καὶ πάνυ μάλιστα, ὅτι μηδεμία ἐστὶ νόμου παραγραφή.* i. e. *Quid ergo si in possessione ingenuitatis sit, qui libertus dicitur, et fiducia sui iuris in se suscipiat probationes ingenuitatis suae, an admittemus eum* DOCENTEM, *et si hoc probaverit, pronuntiabimus ingenuum esse? et* ULPIANUS *ait, omnino admittendum, quia nulla iuris captio est.*

23) Cod. Erl. et sententia secundum se danda.

24) Hal. eum nulla captio iuris intercedat.

Nämliche, was oben von dem Falle gesagt würde, da Jemand behauptet, er sey ein freier Mensch, welchen ein Anderer für seinen Sklaven hielt. Denn ob Jemand behauptet, ein Anderer sey sein Sklave, oder er sey sein Freygelassener, das macht keinen Unterschied. **Ulpian** erörterte diesen Fall in seinem *libro singulari de Officio Consulis*, weil auch die Consuln in Sachen der Libertät eine competente Jurisdiction hatten[25]). Zwar gehörten causae liberales auch noch unter den Kaisern hauptsächlich vor das Centumviralgericht[26]), dem der Prätor in Rom vorstand, und dem daher auch die Jurisdiction in solchen Sachen zugeschrieben wird[27]); allein doch nicht ausschließlich[28]). Favor enim libertatis est, sagt **Paulus**[29]) *libro* 13. *ad Edictum*, *ut maiores iudices habere debeat*; ja **Justinian** verordnete[30]), huiusmodi lites, *in quibus*, *utrum ingenuus an libertinus sit aliquis, quaeritur*, apud competentes *maximos iudices* examinari oportere. Den Ausdruck **Ulpians** *in possessione libertinitatis esse* erklärt der

25) *L.* 50. *D. de condit. et demonstrat. L.* 27. *D. de liberali causa.* CAMPIANI de officio et potestate Magistratuum Romanor. et iurisdict. pag. 117. und *Mich. Conr.* CURTIUS Comm. de Senatu Rom. post tempora Reip. liberae. Lib. II. cap. 2. §. 31.

26) S. *Car. Frid.* ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus. §. 11. adj. SICCAMAE libro *de iudicio centumv.* pag. 260. sqq.

27) *L.* 1. *Cod. Si mancip. ita venierit, ne prostituat.*

28) ZEPERNICK c. l.

29) *L.* 32. §. 7. *D. de arbitris.*

30) L. 6. C. Ubi causa status agi debeat. S. ZEPERNICK c. l. pag. 261.

griechische Scholiast: durch παρέχειν ὑπηρεσίας ὡς ἀπελεύθερος, operas praestare quasi libertus. *In possessione ingenuitatis esse* ist hingegen soviel, als pro ingenuo se gerere. In beyden Fällen wird aber vorausgesetzt, daß es sine vi et sine dolo malo geschehen sey [31]. Befindet sich also derjenige, dem seine freie Geburt streitig gemacht wird, in dem Besitz der Ingenuität, so ist er zwar vom Beweise frey, und kann den Beweis des Gegentheils abwarten. Will er aber dennoch, im Vertrauen auf sein Recht, den Beweis seiner freien Geburt freywillig übernehmen, so kann ihm dieses ohne Bedenken erlaubt werden, weil es nicht in fraudem legis geschieht. Dieß heißt hier: *cum nulla captio intercedat iuris.* Denn er begiebt sich dadurch blos eines Vortheils, den er nach den Gesetzen zu genießen gehabt hätte, und dieß steht einem Jeden frey [32]. Daher sagt auch Paulus *libro V. Sententiar. Receptar* [33]. Cui necessitas probandi de ingenuitate sua non incumbit, ultro si ipse probare desiderat, audiendus est. Accursius bemerkt, Placentinus habe diese Stelle in unserm Fragmente nicht zu erklären gewußt. Vielleicht aber gereichte ihm dieses Bekenntniß weniger zur Schande, als dem Accursius seine eigene Erklärung, nach welcher *morem ei geri* soviel seyn soll, als consuetudinem iudiciorum ei servari. Wer kann

31) L. 10. L. 12. pr. D. de liber. causa. S. Donellus ad h. Tit. Pand. Cap. 2. pag. 251.

32) *L.* 29. *Cod. de pactis.*

33) *L.* 39. *pr. D. de liberali causa.* Diese Stelle ist aus Pauli *Sentent receptar. Lib. V. Tit.* 1. genommen. S. *Ant.* Schulting Iurispr. Antejustin. p. 433.

dieß lesen, ohne mit Franz Duaren[34]) auszurufen: Videtis quanta fuerit caligo temporis *Accursii*! Die vorhergehenden Worte: an *obtemperari* ei debeat, konnten ihn ja schon belehren, daß *morem ei geri* nichts anders, als eben dasselbe, bedeuten könne, nämlich daß man dem Besitzer hierin gern willfahre, probanti (nicht *probandi*, welches eine offenbar falsche Leseart ist) *se ingenuum*, d. h. wenn er beweisen will (*probare volenti*)[35]) er sey ein Freygebohrner. Diese freywillig übernommene Beweisführung war nun auch für ihn nicht ohne Nutzen. (Et non *ab re* esse opinor.)

Der Vortheil bestand darin, daß wenn er diesen Beweis vollständig beybrachte, er dadurch eine Sentenz erwirken konnte, wodurch er geradezu für einen ingenuus erklärt wurde, dahingegen, wenn er den Beweis seinem Gegner übernehmen ließ, und dieser fehlschlug, das Erkenntniß nur dahin gieng, er sey nicht des Klägers libertus[36]). Noch anders wurde die Sentenz gefaßt, wenn der Kläger, der den status des Beklagten in Streit gezogen hatte, den Prozeß liegen ließ. Hier hatte der Beklagte die Wahl, ob er den Prozeß kassiren lassen, (cognitionem circumduci) oder es auf einen Rechts-

34) Comm. ad h. Tit. Cap. IV. *Oper.* pag. 939. in fin.

35) Es geschieht das in den Pandecten sehr häufig, daß die verba absolutae actionis, durch cupio, desidero, volo, erklärt werden müssen. Eine Menge Beyspiele hat *Guil. Ott.* Reitz in Annotatt. Sporad. bey Püttmann in Opuscul. iurid. ex observatt. miscell. Batavis in unum volum coll. p. 151. sq. angeführt.

36) S. Pothier Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXX. not. e. pag. 638.

spruch ankommen lassen wollte. Diesen erwirkte er, wenn er den Beweis seiner Freyheit oder Ingenuität übernahm. Das Erkenntniß lautete aber nachher folgendermaßen: *Servum illius* oder *libertum illius non* VIDERI, wie unser Ulpian in demselben *lib.* 2. *de Officio Consulis* bemerkt hat [37]).

L. 15. MODESTINUS *Libro duodecimo Responsorum.*

Quidam [38]) quasi ex [39]) Seja susceptus a [40]) Gajo Sejo, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invasit: et fratribus eiusdem, quasi ex mandatu [41]) defuncti, fideicommissa solvit: cautionem [42]) accepit. qui postea [43]) cognito quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant an cum

37) *L.* 27. §. 1. *D. de lib. causa.* S. *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. Tit. IV. Princ. II. Illat. 1. pag. 128. *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio, Lib. I. Tit. 5. n. 21. (*Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 229.) und *Franc.* RAMOS DEL MANZANO ad LL. Iul. et Pappiam. Lib. II. cap. 22. nr. 5. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 200.)

38) Hal. macht nach Quidam ein Komma.

39) Cod. Erl. *a* Seja.

40) Haloand. susceptus Gajo Sejo. Russard hat das a mit seinem gewöhnlichen Zeichen || a || eingeklammert.

41) Cod. Erl. ex mandato.

42) Cod. Erl. *et* cautionem. Eben so Haloander und Baudoza.

43) Hal. hat nach postea und cognito ein Komma.

eo [44]) de hereditate fratris possint [45]) propter emissam manum ab eis [46]) quasi filio [47]), agere. *Modestinus* respondit, cautione exsoluti fideicommissi [48]) statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse [49]), minime confirmatum esse. Sed hoc ipsum a fratribus probari debet [50]).

Auch hier ist von dem Beweise eines status, und der Frage die Rede, wer ihn übernehmen müsse. Es hatte sich Jemand arglistig für den Sohn des verstorbenen Cajus ausgegeben, und dessen Erbschaft in Besitz genommen. Cajus hatte Brüder hinterlassen, welche eigentlich seine gesetzlichen Erben waren. Um diese desto sicherer zu machen, und sich in seinem ungerechten Besitze, jene aber in dem Glauben, er sey der wahre Erbe, desto mehr zu befestigen, zahlt er ihnen einige Fideicommisse aus, und giebt vor, sie seyen ihm von dem Erblasser aufgetragen worden. Er gebraucht dabey die Vorsicht, sich von den Brüdern des Verstorbenen über den Em-

44) Cod. Erl. cum *eodem*.

45) Baudoza possent. Eben so die Pariser Ausgabe von 1576. apud. *Sebast. Nivellium*. f. und die des Hugo a Porta. *Lugduni* 1572. f

46) Hal. propter emissam ab eis manum.

47) Cod. Erl. quasi *cum* filio. Eben so Haloand.

48) Cod. Erl. cautione ex fideicommissi soluti.

49) Haloand. qui probari *posset* a fratribus defunct filius non esse. Das Wort mortui fehlt hier.

50) Haloand. Sed hoc ipsum *tamen* a fratribus *probari debere*.

pfang der Fideicommisse eine Quittung ausstellen zu lassen. (In dieser Bedeutung wird hier das Wort cautio gebraucht [51]). Die Brüder des Verstorbenen entdeckten nachher den Betrug, und nun entstand die Frage, ob sie doch noch auf Herausgabe der Erbschaft gegen den Betrüger, als Besitzern derselben, klagen konnten, nachdem sie ihn durch die ausgestellte Quittung einmal als Sohn und Erben des Verstorbenen anerkannt hatten? Modestin sagt *propter emissam ab eis manum.* Diese Worte enthalten einen Gräcismus. Die Griechen nahmen manus häufig für chirographum [52]). Die Worte wollen also soviel sagen: propter emissum chirographum [53]), wie sie auch Cujaz [54]) erklärt, oder nach Russard [55]) propter cautionem eorum chirographo scriptam. Modestin beantwortet nun die aufgeworfene Frage auf folgende Art. Durch die ausgestellte Quittung über das empfangene Fideicommiß sey zwar der status jenes Menschen keinesweges auf eine solche Art bestätiget, daß nun vermöge derselben derjenige als Sohn anerkannt werden

51) *L.* 32. §. 1. *D. de admin. tutor.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 243. Not. 10. Die Basiliken Tom. III. pag. 3. haben das Wort ἀποδειξις.

52) S. *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. III. cap. 33. und *Ev.* OTTO de Iurisprud. symbolica. Exercit. II. Cap. X. pag. 188.

53) So kommt *L.* 52. *D. de act. emti et vend.* chirographum solutionis vor. Der griechische Scholiast in Basilic. Tom. III. p. 34. sagt: ἀπόδειξιν ἰδιόχειρον ἔλαβε παρ' αὐτῶν.

54) Commentar. in Libr XII. Responsor. Herennii Modestini. *Oper.* a Fabrote editor. Tom. III. pag. 192.

55) Not. ad h. L.

müßte, der doch wirklich des Erblassers Sohn nicht ist. Allein da doch die Brüder des Verstorbenen das Fideicommiß von ihm, als den vermeintlichen Sohn und Erben des Verstorbenen angenommen, und ihm in dieser Eigenschaft auch die Quittung ausgestellt, folglich ihn selbst in den Besitz des sich angemaßten status gesetzt haben; so müssen sie nun freylich auch, wenn sie den Betrüger aus diesem Besitz wieder vertreiben wollen, den Beweis, daß der Beklagte der nicht sey, für welchen sie ihn gehalten haben, um so mehr übernehmen, als der Betrug immer von dem bewiesen werden muß, welcher dessen Daseyn behauptet [56]). Hätten sie nur das Fideicommiß nicht angenommen, und die Quittung nicht ausgestellt, so hätte der Beklagte den Beweis seiner Einrede, daß er des Erblassers Sohn sey, nach *L. 1. h. t.* ohne Zweifel übernehmen müssen [57]).

---

56) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

57) S. *Jac.* Cujacius cit. Commentar. und *Franc.* Duarenus Commentar. ad h. Tit. Cap. IV. *Operum* pag. 939.

L. 16. TERENTIUS CLEMENS *libro tertio* [58]) *ad Legem Iuliam et Papiam.*

Etiam matris professio [59]) filiorum recipitur, sed et avi [60]) recipienda est.

Seitdem es aufgekommen war, daß die Eltern ihre neugebohrnen Kinder apud acta publica angeben mußten, um allem Betruge vorzubeugen, welcher dadurch häufig war begangen worden, daß man, um die Belohnungen der ehelichen Fruchtbarkeit zu genießen, fremde Kinder

58) Haloand. libro IIII. Eben so *Lud.* MIRAEUS edit. *Paris.* 1552. 8.

59) Haloand. professio *de aetate filiorum.* Eben so Baudoza. Miräus hat die Worte de aetate eingeklammert. Der griechische Scholiast in den Basiliken T. III. pag. 35. erklärt unser Fragment auch περὶ τοῦ χρόνου. Allein Terentius Clemens handelte *lib. III. ad Legem Jul. et Papiam* nicht von dem Alter, sondern von der Zahl der Kinder, mit welcher nach der Lex Julia eine Immunität von persönlichen Pflichtämtern verbunden war. *L.* 147. *D. de Verb. Signif.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Quatuor fontes iuris civ. ad Cap. VIII. Legis Iuliae et Papiae (Tom. III. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 218.) und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. pag. 207. sqq.

60) *Cod. Erl.* sed et *aviae maternae* recipienda est. Auch die Pariser Prachtausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. lieset statt avi, *aviae.* Da die Glosse sowohl des Vivianus als des Accursius dieses Fragment durch Beyspiele von der Mutter und Großmutter erläutern, so scheint es, daß ihre Handschriften auch *aviae* gelesen haben. Die *Basilica* T. III. pag. 3. haben jedoch τοῦ πάππου.

für seine eigne ausgegeben hatte; konnte die Frage entstehen, ob die professio nothwendig vom Vater, oder väterlichen Großvater geschehen müsse, oder ob sie auch von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater anzunehmen sey? Terentius Clemens trägt kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und da diese Stelle aus desselben Commentar ad Legem Juliam et Papiam genommen ist, so behaupten mehrere Rechtsgelehrten [61]), die professio publica sey durch die Lex Papia eingeführt worden. Es läßt sich jedoch dieß mit Gewißheit nicht bestimmen, so gewiß es auch ist, daß die professio liberorum schon längst vor den Zeiten des Kaisers Marcus Antoninus üblich gewesen sey, wie oben ad *L.* 13. *h. t.* erwiesen worden ist. Guido Pancirolli [62]) glaubt indeß, Terentius Clemens habe das Edict des Kaisers Marcus vor Augen gehabt, und solches durch Interpretation auf die Mutter und den Großvater ausgedehnt. Es scheint jedoch, daß man die professio der Mutter nur dann zu den Acten genommen habe, wenn der Mann abwesend und auf Reisen war, so daß vor dem dreyßigsten Tage, binnen welchen die professio geschehen mußte, seine Zurückkunft nicht zu erwarten war, wie aus *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* erhellet [63]). Die Glosse versteht zwar unter

61) *Iac.* Gothofredus in IV. fontibus iuris civ. ad L. Iul. et Pap. Popp. *in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 217. und *Em.* Merillius Observation. Lib. III cap. 33.

62) Thesaur. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. II. cap. 49. in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Heineccii. Tom. II. pag. 1165.

63) S. Merillius Observation. c. l.

professio ein bloßes Privatzeugniß der Mutter über das Alter der Kinder, und kommt daher in Ansehung der Beweiskraft desselben wegen der *L. 6. C. de Testib.* in nicht geringe Verlegenheit. Allein der Irrthum derselben ist schon vom Franz Ramos del Manzano [64]) gerügt worden. *Professio* wird vielmehr hier im eigentlichen Sinn genommen für professio publica, oder, wie Panciroli [65]) sagt, delatio nativitatis et nominis filii, ut scribatur a persona publica ad hoc electa, vel etiam in Actis apud Praesidem. Durch eine solche professio konnte nun nicht nur das Alter, sondern auch die Zahl der Kinder bewiesen werden, wenn Jemand aus diesem Grunde eine Befreyung von persönlichen Pflichtämtern zu erhalten suchte. In dieser Beziehung gedachte auch Terentius Clemens in seinem Commentar über die Lex Julia et Papia der professio filiorum. Es ist also hier nicht sowohl von dem Beweise des Alters der Kinder, wovon die oben erklärte *L.* 13. spricht, sondern vielmehr von dem Beweise der Zahl der Kinder die Rede, welche auch der Mutter selbst zu statten kommen konnte [66]). Die Basiliken [67]) erklären jedoch dieses Fragment so, die professio der

64) Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 3. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 450.)

65) c. 1.

66) *L. 5. Cod. de his, qui numero liberor. excusation. meruer.* (X. 51.)

67) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 16. Tom. III. edit. *Fabroti* pag. 3.

Mutter und des Großvaters nütze auch dem Kinde, (συμβάλλεται τῷ παιδί) d. i. diene auch dem Kinde zum Beweise.

L. 17. CELSUS Libro sexto Digestorum.

Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam [68]), quod dum [69]) probare non potest, merito condemnavitur [70]).

Die Lex Falcidia sichert dem Erben den vierten Theil des Nachlasses gegen die verschwenderische Freygebigkeit des Testirers an Legaten, und berechtiget ihn, wenn er denselben nicht übrig hat, den Vermächtnißnehmern einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen [71]). Das Gesetz sichert eben dadurch auch die Gültigkeit der Testamente, aus welchen sonst oft selbst die Erbschaften wohlhabender Erblasser, wegen Ueberschwerung mit Vermächtnissen, ausgeschlagen wurden. An der Erhaltung der Testamente war aber selbst den Triumvirn gelegen, unter deren Herrschaft diese Lex auf den Antrag des Tribuns Publius Falcidius im Jahre der Erb. Roms 714. ist gegeben worden, weil von testamentarischen Erbschaften an das Aerar die Vicesima abgegeben

68) Auch *Cod. Erl.* macht nach Falcidiam ein Punctum.

69) Haloander cum.

70) *Cod. Erl.* condempnabitur. Alle andere condemnabitur, auch so die Gebauerische Ausgabe.

71) *L. 1. pr. D. ad. Leg. Falcid.*

werden mußte [72]). Daß Gesetz sichert endlich auch dem Erben die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befand, so daß nachheriger Zuwachs derselben den Legatarien nicht zu statten kommt, und trägt auch gleich der Erbe die nachher erfolgte Abnahme, so steht es ihm doch noch immer frey, die Erbschaft auszuschlagen, um hierdurch die Legatarien zu nöthigen, daß sie sich mit ihm vergleichen [73]).

Will nun der Erbe in einem vorkommenden Falle von der Lex Falcidia Gebrauch machen, so muß vor allen Dingen der Betrag des Nachlasses berechnet werden. Dazu wird nach dem Röm. Recht ein Arbiter gegeben, sobald auch nur einer der Legatarien sich gemeldet hat. Jedoch pflegt dann der Erbe auch die übrigen Legatarien, so wie auch die Gläubiger, vorladen zu lassen, um dieser Vermögensuntersuchung beyzuwohnen, und ihr Interesse dabey wahrzunehmen. Es versteht sich aber, daß diese Berechnung denen nicht präjudiciren kann, welche nicht dazu mit vorgeladen worden sind [74]). Der Erbe muß nun bey dieser Berechnung den Legatarien die erforderlichen Beweise über den angegebenen Bestand der Erbschaft vorlegen, weil sie sich nicht schlechterdings

72) Dio Cassius *Hist. Rom. Lib. XLVIII. pag.* 377. Appianus *de bello civ.* Lib. V. pag. 1129. *Io. Guil.* Hoffmann Singularia capita ex historia Triumviratus. *Francof. ad Viadr.* 1733. §. 15. (in *Dan.* Fellenberg *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. *Bernae* 1761. 4.) pag. 303. sq. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 265.

73) *L. 73. pr. D. ad Leg. Falcid.* §. 2. *I. eodem.*

74) *L. 1. §. 6. D. Si cui plus, quam per L. Falc.*

bey seiner Angabe zu beruhigen brauchen [75]). Hieher gehört die Stelle aus Scävola's *Libro XXI. Digestorum* [76]): Post aditam hereditatem triennio exacto, legatariis heres legem Falcidiam opponit idcirco, quod administravit tutelas testator, quarum ratio nondum reddita sit: et quod neget tantum redigi ex nominibus posse, quantum in cautione deductum est. Quaesitum est, an rationes defuncti et omnium instrumentorum hereditariorum et pupillarium rationum legatariis desiderantibus heres describendi potestatem facere debeat: ne in potestate eius sit proferre, quod velit, et per hoc in fraudem legatarii inducantur? Respondit, *ad iudicis officium pertinere, explorare ea, per quae probetur, quanti sit in bonis* [77]).

Diesem gemäß sagt nun also unser Celsus mit Recht, dem Erben liege der Beweis ob, wenn er im Streite mit dem Legatarien behauptet, daß er den Falcidischen Antheil nicht übrig habe. Denn er sucht hierdurch nicht nur ein Recht, sondern auch zum Theil eine Befreyung geltend zu machen [78]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er zur Auszahlung des ganzen Legats ohne Abzug verurtheilt werden.

---

75) S. *Jac.* VOORDA ad Legem Falcidiam commentar. (*Harlingae* 1730. 8.) Cap. XIII. §. 1. pap. 349. sq.

76) *L.* 95. §. 2. *D. ad L. Falcid.*

77) S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1187. und §. 1188.

78) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführ. im Civilproc. Absch. VI. S. 181. Not. 24.

L. 18. ULPIANUS *Libro sexto Disputationum.*

Quotiens operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo, qui se patronum dicit exiguntur, et ideo *Julianus* scripsit [79]) licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur [80]), verum [81]) partibus actoris non libertum fungi debere: sed eum qui se patronum esse contendit [82]).

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet [83]).

Interrogationis factae [84]) probationem actori imponi debere [85]), id est ei qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse, vel si [86]) tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantundem erit dicendum, impositam iNprobationem [87])

79) *Cod. Erl.* scribit.

80) Haloand. licet patronus in praeiudicio possessor esse videatur.

81) Baudoza verum*tamen.*

82) Hal. contendat.

83) Hal. docere debet, dolum admissum esse.

84) *Cod. Erlang.* Interrogationis factae et completae.

85) *Cod. Erl.* debere imponi.

86) *Cod. Erl.* et si. Haloand. sed et si.

87) *Cod. Erl.* imposita probatione. Eben so Haloand. und Baudoza und Miräus. Hingegen Roussard und Charondas wie Torelli. Gebauer hat impositam inprobationem. Die Pariser Ausgabe von 1576. apud *Sebast. Nivellium*, Hugo a Porta *Lugd.* 1572. f. und die Gothofredischen Ausgaben impositam improbationem. Noch andere Lesarten

non ei qui excepit se non respondisse, sed actori [88]).

Ueber den status eines Menschen kann auf zweyerley Art gestritten werden, durch Klage und Exception. Beydes, sowohl die Klage als Einrede, wird *praeiudicium* genennt [89]). Daher sagt Cujaz [90]) ganz richtig: *Praeiudicium* est omnis quaestio status, quod plerumque eam actionem sequatur alia, veluti de hereditate, de operis, de obsequiis, de alimentis. Insonderheit wird jedoch *praeiudicium* ein solcher Rechtsstreit über den status eines Menschen genannt, der aus Veranlassung einer vorgehenden Hauptklage durch Vorschützung einer Exception entstanden ist, und mit der Hauptsache in einer so engen Verbindung steht, daß die

führt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe an. Die Leseart imposita probatione scheint zwar unter den mehreren den Vorzug zu verdienen, jedoch tragen andere Bedenken, die Florentine zu verlassen. *Pet.* PITHOEUS in Adversar. quae ad ius Rom. pert. woraus sich Excerpta von Fabrot in Tom. I. *Thes. Meerm.* pag. 353. finden, erklärt *in*probationem für *eam* probationem. So wie nämlich *em* für eum, so werde *in* für eam von den Alten gebraucht. *Jo. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. in fin. verwandelt das a in *u*, und im in *iri*, und lieset *impositum iri probationem.* Dieser Emendation giebt auch *Jo.* WUNDERLICH in Additament. ad *Brissonium* voc. Improbatio seinen Beyfall.

88) Die beyden §. §. werden übrigens auch in dem Cod. Erl. durch die gewöhnlichen Zeichen unterschieden.

89) *L. 37. D. de obligat. et act. L. 12. L. 13. L. 16. L. 18. D. de exceptionib. praescript. et praeiudiciis.*

90) Paratitl. ad Tit. 3. Lib. XXV. Digestor.

Entscheidung derselben von der Erörterung der Exception abhängt. Von einem solchen praeiudium ist hier die Rede. Ulpian erklärt sich darüber an einem andern Orte näher. Er sagt *libro XXXVIII. ad Edictum*[91]): Quotiens de hoc contenditur, *an quis libertus sit;* sive operam petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur, qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat[92]), redditur *praeiudicium*. Sed et quo-

91) *L. ult. D. Si ingenuus esse dicetur.* (XL. 14.)

92) Die Leseart dieser Worte ist streitig. *Hug.* DONELLUS Comm. ad Tit. h. Pand. Cap. 2. pag. 259. will sive *ulla causa* interveniat lesen. *Jo. van de* WATER Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. lieset sive *alia causa* interveniat. Allein *Sigm. Reich.* JAUCH Meditat. critic. de negationibus Pandect. Florentin. p. 59. verwirft beyde Emendationen, und erklärt nulla causa von denjenigen, *quae praecesserunt.* Also wenn z. B. derjenige, welcher sich für freygebohren hält, selbst als Kläger auftritt, und eine Präjudicialklage anstellt. Anders erklärt diese Stelle *Jac.* RAEVARDUS de praeiudiciis Lib. II. cap. 4. *Oper.* Tom. II. pag. 755. sq. nämlich si vel, finito praeiudicio, nulla causa in iudicium deducatur, sed causa principalis evanescat et inutilis videatur, weil nämlich der in Anspruch genommene libertus für einen ingenuus war erklärt worden. Dieser Erfolg ändere die Natur der Präjudicialsache nicht. Er beruft sich auf *L. 42. pr. D. de nox. act. L. 24. §. 2. et 3. D. de lib. caus. L. 6. C. de ord. cognit.* Noch anders, aber mit noch wenigerem Beyfall, *Franc.* DUARENUS Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 2. non cogitur patronus causam exprimere intentionis suae, puta, quia vel operas, vel

tiens, quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Caji Seji se negat, idem praeiudicium datur. Redditur autem *alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet: aut, si non probet, vincitur.*

Der Unterschied, ob der Prozeß über den Status gleich Anfangs durch eine Klage erhoben ward, oder bey Gelegenheit einer andern Hauptklage durch eine Exception entstand, äußerte sich vorzüglich darin, daß in dem ersten Fall der Besitz entschied, wer die Rolle des Klägers, und also die Beweislast übernehmen mußte, in dem letztern Falle hingegen der Kläger in der Hauptsache, auch als Kläger in Ansehung des praeiudicium behandelt wurde, und, wenn er auch gleich im Besitz zu seyn schien, dennoch sich der Beweislast unterziehen mußte, sofern er in der Hauptsache gewinnen wollte. Darauf zielt auch Ulpian in unserm Text, wenn er sagt: licet in praeiudicio *possessor* patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere; sed eum, *qui se patronum esse contendit.* Den Grund hiervon giebt Ulpian an einem andern Orte an, nämlich in einer Stelle [93]), welche auch aus demselben *libro XXXVIII. ad Edictum* genommen ist, und mit der obigen vielleicht unmittelbar zusammenhing [94]) Generaliter, sagt er da:

aliud huiusmodi quippiam a liberto sibi praestari debere contendat. Die richtigste Erklärung hat wohl Jauch.

93) *L.* 12. *D. de except.* (XLIV. 1.)

94) S. Labitti Usum Indicis Pandectar. Cap. 3. §. 4. (in *Abr.* Wieling *Jurisprud. restituta.* Tom. II. pag. 38.)

selbst, in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Diese Stelle, welche einigen [95]), gleich einem sibyllinischen Orakel, ganz unerklärbar zu seyn geschienen hat, geht sowohl ihrem Zusammenhange nach, als nach dem Orte, den sie jetzt in den Pandecten einnimmt, vorzüglich auf Präjudicial-Exceptionen [96]), ob sie gleich viele [97]) von Präjudicial-Klagen verstehen wollen, und daher den **Tribonian** tadeln, daß er sie von ihrem ursprünglichen Orte verdrängt, und unter einen ganz unrichtigen Titel gestellt habe. Da die exceptio praeiudicialis gerade diejenige Intention des Klägers bestreitet, welche bey der von ihm angestellten Klage, als wesentlicher Grund derselben, vorausgesetzt wird, so ist begreiflich, warum demjenigen, der sie vorschützt, nicht der Beweis aufgelegt werden könne. Man setzt also, daß Jemand von demjenigen, welchen er für seinen Freygelassenen hielt, Dienste forderte; so war nun dieses freylich die Hauptklage. Es lag aber dabey noch eine andere Intention zum Grunde, welche der Kläger mit dieser Klage zugleich geltend zu machen suchte, nämlich die, daß er des Beklagten Patron sey. Hanc intentionem persequitur actor in praeiudicio, secundum id, quod intendit in iudicio

95) S. *Car. Andr.* Duker Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet. pag. 381.

96) S. *Em.* Merillii Observation. Lib. VII. Cap. 29. und *Jac.* Raevardus de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3.

97) *Jac.* Cujacius Observat. Lib. V. cap. 27. *Jo.* van de Water Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. und *Jan.* a Costa Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos locaq. sel. iur. civ. pag. 236.

principali. Setzte ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, er sey ein ingenus, und dem Kläger zu keiner Dienstleistung verbunden; so hatte diese exceptio praeiudicialis die Wirkung, daß die Hauptklage so lange ausgesetzt bleiben mußte, bis die exceptio untersucht, und darüber erkannt worden war. Dieß bringt auch schon die Natur einer solchen Exception mit sich [98]). Futuri enim iudicii, non facti nomine, sagt Julian [99]), huiusmodi exceptiones comparatae sunt. Nach der Römischen Gerichtsordnung konnte nun der Beklagte den Prätor bitten, daß er der Instruction für den Judex seine Exception beyfüge, welche nun so lautet: *Si paret, Titium, Caii libertum, Caio patrono suo operas debere, condemna:* SI NON IN EA RE INGENUITATI PRAEIUDICIUM FIAT [100]). Dieß nennt Ulpian *praeiudicium redditur*. Es leuchtet nun in die Augen, warum der Kläger auch in der Präjudicialsache als Kläger zu behandeln war, und daher beweisen mußte, der Beklagter sey sein Freygelassener, oder welches eben so viel ist, Kläger sey des Beklagten Patron. Denn dieß war ja die Grundintention der Hauptklage. Mit Recht sagt daher Merille [1]): In praeiudiciis, id est, exceptionibus praeiudicialibus, is actoris partes sustinet, qui habet intentionem in *praeiudicio* secundum id, quod intendit *in iudicio principali.* Pa-

98) *L.* 18. *D. de except.* *Just. Henn.* Boehmer Diss. de exceptione praeiudiciali. *Halae* 1739. §. 11. sqq.

99) *L.* 13. *D. de except.*

100) Raevard de praeiud. Lib. II. c. 1. et c. 4. Brisson. de formulis Lib. V. cap. 54.

1) Observat. Lib. VII. c. 29.

tronus petit operas a liberto, quod est *iudicium principale*: *praeiudicium* est de ingenuitate, seu libertinitate: patronus igitur in *praeiudicio*, seu exceptione principali, actoris partes sustinere debet, quia habet intentionem *in iudicio principali*, ut tanquam patronus operas petat a liberto: et ita in *praeiudicio* intentionem probare debet, scilicet se patronum esse. Eine andere Ansicht hat Franz Duaren. Er setzt den Grund, warum der Patron, wenn er Dienste von seinem libertus forderte, jederzeit den Beweis übernehmen mußte, ob er sich auch gleich im Besitz befinden sollte, darin, weil er anders keine Dienste fordern konnte, als wenn sie ihm bey der Manumission versprochen worden waren [3]). Es sey also in einem solchen Rechtsstreit nicht blos darauf angekommen, ob der Beklagte des Klägers Freygelassener sey. Denn dieß konnte er seyn, ohne deshalb seinem Patron Dienste leisten zu müssen, wenn nämlich keine waren versprochen worden, gesetzt auch, daß der Beklagte solche Dienste freywillig geleistet hätte. Darum habe der Patron beweisen müssen, daß er sie zu fordern befugt sey. Die Basiliken [4]) geben über unser Fragment keinen Aufschluß. Es heißt blos: Ο ἀπαιτῶν ὑπηρεσίας τινὰ ὡς ἀπελευθέρου, αὐτὸς δείκνυσιν. Qui operas quasi a liberto petit, id probare debet.

2) Commentar. in h. Tit. Cap. 3. in fin. §. Et inprimis *Oper.* pag. 940.

3) *L.* 31. *D. de operis libertor.* Modestinus *Lib. I. Regularum.* Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

4) Tom. III. pag. 3. Const. 18.

Der folgende Satz, wer den Andern eines Dolus beschuldiget, wenn es auch gleich in der Einrede geschieht, muß das Daseyn desselben beweisen, ist schon oben ad *L.* 6. vorgekommen. Der Grund hiervon ist, weil nicht vermuthet wird, daß Jemand betrüglich gehandelt habe. Daher kann jeder, dem ein Betrug vorgeworfen wird, hierüber den Beweis verlangen. Denn es würde ungerecht, ja vernunftwidrig seyn, ohne diesen Beweis einen solchen Vorwurf schon als gegründet anzunehmen [5]). Eine Menge von Gesetzen [6]) haben auch die Anwendung jenes Satzes in einzelnen Fällen bestätigt. Es ist daher immer eine Ausnahme von der Regel, wenn die Gesetze [7]) zuweilen den Dolus bey Unterlässung einer Pflicht vermuthen, welche durchaus keine Ausdehnung erlaubt. Es läßt sich vielmehr von jedem bösen Vorsatz, wenn er auch nicht gerade in einem Betruge besteht, als allgemeine Wahrheit annehmen, daß er bewiesen werden müße, weil die rechtswidrige Handlung für sich allein einen Vermuthungsgrund für den Dolus nicht enthält, wie in dem neuen Archiv des Criminalrechts [8]) höchst einleuchtend gezeigt

5) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ. Proc. V. 9. S. 131.

6) *L.* 51. *D. pro socio.* *L.* 4. *L.* 10. *Cod. de rescind. vendit.* *L.* 2. *D. de suspect. tutor.* u. a. m.

7) *L.* 7. *pr. D. de administr. et peric. tutor.* *L.* 13. *Cod. Arbitrium tut.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 293. Not. 98.

8) Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem Röm. Rechte von Wening; und über den Beweis

worden ist. Es giebt zwar allerdings Handlungen, welche so geartet sind, daß sie, wenn nämlich deren Daseyn erwiesen ist, nach speciellen Verordnungen [9]) für sich eine Anzeige des Dolus geben, welche für diesen oder jenen Fall zum Beweise einer bösen Absicht hinreicht; allein von einer Vermuthung des Dolus ist gleichwohl in allen diesen Fällen die Rede nicht.

Ulpian scheint übrigens ein Gewicht auf die Worte zu legen, *licet in exceptione*, und da diese Stelle aus seinen *libris Disputationum* genommen ist, worin die Römischen Rechtsgelehrten öffentlich ventilirte streitige Rechtsfragen zu sammeln pflegten [10]), so könnte es wohl ehemals streitig gewesen seyn, ob auch der Beklagte die exceptio doli zu erweisen habe, wenn sie z. B. einer Klage aus dem Contract entgegengesetzt wird. Denn in allen vorherigen Gesetzen wird die Beweislast immer mit der Rolle des Klägers verbunden. Den Zweifel lößt aber Ulpian selbst, wenn er in der folgenden auch aus seinen libris Disputationum genommen *L.* 19. *h. t.*

des bösen Vorsatzes von Borst; desgleichen ein Criminalfall zur Erläuterung der Lehre vom Beweise der bösen Absicht, von Ebendemselben, im neuen Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier 2. Band. Nr. IX. Nr. XXI. u. Nr. XXXV. 3. S. 639. ff. Man kann damit noch Nr. XXVIII. Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes von Mittermaier, verbinden.

9) *L.* 2. §. 3. 4. *et* 6. *L.* 4. §. 4. *D. de doli mali et met. except.* *L.* 1. §. *ult. D. Depositi.* *L.* 36. *D. de Verbor. obligat.*

10) S. Neuber jurist. Classiker. S. 32.

sagt: der Beklagte werde in Rücksicht der vorgeschützten Einreden wegen der zu übernehmenden Beweisführung als Kläger behandelt. Daher muß auch der Beklagte eben so, wie der Kläger bey der actio doli, den Dolus beweisen. In dieser Hinsicht lehrt Ulpian *libro LXXVI. ad Edictum* [11]) Docere igitur debet is, qui obiicit exceptionem, *dolo malo actoris factum*, nec sufficit ei, ostendere *in re* esse dolum.

Der letzte Abschnitt dieses Fragments enthält wieder einen Fall, wo der Kläger den Beweis übernehmen muß, nämlich wenn er mit der actio interrogatoria die rechtlichen Folgen einer interrogatio in iure facta für sich geltend zu machen sucht, und der Beklagte läugnet, daß er so geantwortet, oder geschwiegen habe, wie der Kläger behauptet. Es ist übrigens diese Stelle schon an einem andern Orte [12]) erläutert worden.

L. 19. Idem *libro septimo Disputationum.*

In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque [14]) exceptionem velut intentionem implere, utputa si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.

11) *L. 2. §. 1. D. de doli mali et metus except.*

12) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 265.

13) Hal. oportet.

14) Hal. et ipsumque.

§. 1. Cum quis promisisset [15]) iudicio se sisti [16]), et reipublicae causa afuisse dicat [17]), et ob id non stetisse [18]): vel dolo malo adversarii factum, quominus sisteretur: vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem: probare eum id oportet [19]).

§. 2. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuiset adversario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet [20]) obicientem exceptionem.

§. 3. Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur [21]).

§. 4. Hoc amplius, si iudicatae rei, vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo, quod

15) Hal. u. Miräus promisit.

16) *Cod. Erl.* se iudicio sisti.

17) Hal. dicatur. Bdub. abfuisse *se* dicat. *Jo. Conr.* Rücker Observation. Cap. IV. §. 2. pag. 128. bemerkt, daß das se auch in der florentinischen Handschrift befindlich sey, es sey nur versteckt in der letzten Sylbe des vorhergehenden Worts *afuisse* enthalten, welche durch Gemination zu lesen, und also so zu schreiben sey afuisSE.

18) Lud. Miräus bemerkt in seiner Ausgabe, daß die Florent. Handschrift *stetit* lese.

19) Hal. u. Miräus probare *id* eum oportet.

20) *Cod. Erl.* oportere.

21) *Cod. Erl.* quae *soluta* vel *compensata* dicatur.

nunc [22]) petitur: sive in alea gestum esse contendatur: eum implere probationes oportet [23])

Das Gesetz macht hier dem Beklagten den Beweis seiner Einreden zur Pflicht, und zwar aus dem Grunde, weil er in Ansehung der vorgeschützten Exceptionen eben so, wie ein Kläger, zu behandeln sey, welcher den Beweis seines factischen Klagegrundes übernehmen muß. In dieser Beziehung lehrt unser **Ulpian** an einem andern Orte, nämlich *libro IV. ad Edictum* [24]): *Agere* etiam is videtur, qui exceptione utitur: *nam reus in exceptione actor est.* Wenn **Ulpian** in unserm Fragment: ipsumque exceptionem, velut *intentionem*, implere, sagt; so bedeutet hier das Wort *intentio* soviel als actio [25]), und *implere* soviel als probare [26]). Die Einrede ist ja auch sogut, als die Klage,

22) Hal. tunc.

23) Die §§. Abtheilungen dieses Fragments sind auch in dem Cod. Erl. durch das in dieser Handschift gewöhnliche Zeichen, abwechselnd roth und blau, unterschieden.

24) *L. 1. D. de probat.* S. **Weber's** Beyträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 1. St. S. 3. der 2. verb. Ausgabe.

25) Diese Bedeutung des Wortes *intentio* ist nicht ungewöhnlich. S. *L. 6. D. de praescr. verb. L. 6. §. 3. D. Si servit. vind. L. 1. §. 2. D. de pignor.* und allem Ansehen nach ist auch in der *L. un. §. ult. D. de remiss.* statt detentionem servitutis, richtiger intentionem zu lesen, id est, vindicationem servitutis, wie auch *Jo. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. dafürhält.

26) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. implere, und VICAT Vocabular. iur. h. v.

eine Art der Rechtsverfolgung, und unterscheidet sich von der letztern blos darin, daß sie die Abweisung des Klägers, es sey ganz oder zum Theil, zum Zweck hat, und auch, als solche, nichts mehr, als diese, bewirken kann, dahingegen die Klage auf eine Verurtheilung des Beklagten gerichtet ist [27]. Die Basiliken [28]) haben unser Gesetz auf folgende Art in ihre Sprache übertragen: Ὁ ἐναγόμενος ἐν ταῖς παραγραφαῖς ἐνάγων ἐστὶ, καὶ ὑπόκειται ταῖς ἀποδείξεσιν. Der Brachylogus [29]) hingegen lehrt: Non solum autem, qui ab initio agit, probare debet: sed etiam reus, *si excipiat*, probare debet. *Reus enim in exceptione actor est.*

Ulpian hat nun die aufgestellte Regel durch eine Menge von Beyspielen erläutert. Er gedenkt zuerst der exceptio pacti conventi. Dieser bedient sich der Beklagte, wenn er behauptet, der Kläger habe ihm versprochen, daß er die Schuld nicht fordern, oder ihm eine gewisse Verbindlichkeit erlassen, oder eine gewisse Sache, z. B. eine Erbschaft, oder Grundstück, oder Nießbrauch nicht verlangen wolle, weshalb er ihn gleichwohl belangt habe [30]). Diese Exception ist von zweyerley Art, entweder *pacti conventi perpetui*, wenn vermöge des Vertrags die Schuld gar nicht gefordert werden soll, oder

27) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 271. S. 593.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 19. pag. 4. Eben so Harmenopulus in Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 2. §. 9.

29) Lib. IV. cap. 14. §. 3.

30) *L. 17. §. 2. sqq. L. 18. L. 19. L. 21. §. 1. 2. et 5. L. 27. §. 2. et 3. §. 7. et 8. D. de pactis. L. 72. pr. D. de contrah. emt.*

pacti conventi temporalis, wenn vermöge des Vertrags die Schuld nur binnen einer gewissen Zeit, z. B. binnen fünf Jahren, nicht gefordert werden soll [31]). Schützt nun der Beklagte diese Exception vor, und der Kläger läugnet, daß ein solcher Vertrag geschlossen worden sey, so muß der Beklagte seine Einrede beweisen. Denn der Beklagte bringt hier ein factum vor, wodurch er den Anspruch des Klägers entweder auf immer, oder auf eine Zeitlang von sich zu entfernen sucht, und zwar ein solches factum, was rechtlich nicht vermuthet wird. Räumt der Kläger den Vertrag ein, er setzt ihm aber die Replic des Betrugs entgegen [32]); so muß nach der vorhergehenden Gesetzstelle der Kläger den Beweis übernehmen [33]).

31) *L.* 3. *D. de exceptionib.* GAIUS *Lib. I. ad Edictum provinciale.* Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae. Perpetuae* atque *peremtoriae* sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt: qualis est doli mali, — item *pacti conventi perpetui*, id est, ne omnino pecunia petatur. *Temporales* atque *dilatoriae* sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt: qualis est *pacti conventi temporalis*, id est, ne forte intra quinquennium ageretur. S. BRISSONIUS de Verb. iur. Significat. voc. *Exceptio* et voc. *Pactum.*

32) *L.* 7. §. 11. *D. de pactis.* wo *nocebit exceptio* soviel als nocebit replicatio ist. S. *Basilica* Tom. I. pag. 722. *Jo. Bern.* KOEHLER Interpretation. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. §. 4. pag. 37. und *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. edit. et animadversion. auct. a *Nic.* SMALLENBURG. Lugd. Bat. 1804. Tom. I. pag. 336.

33) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

Ulpian kommt hiernächst auf die Einreden, welche der Beklagte dem Kläger entgegensetzen konnte, wenn er, seiner geleisteten Caution gemäß, nicht vor Gericht erschienen war, und nun der Kläger mit der actio ex stipulatu gegen ihn auf die versprochene Geldstrafe, oder auf das Interesse klagte [34]). Hier konnte er dem Kläger entgegensetzen, er sey in öffentlichen Geschäften abwesend gewesen, und darum habe er nicht erscheinen können [35]); oder er sey durch Arglist seines Gegners abgehalten worden, in welchem Fall sich der Beklagte mit der exceptio doli schützen konnte [36]), oder er sey durch Krankheit, oder durch Sturm und Ungewitter verhindert worden. Ulpian hat sich an einen andern Orte, nämlich *libro LXXIV. ad Edictum* [37]) über diese Exceptionen noch ausführlicher erklärt. Si quis, sagt er daselbst, municipalis muneris causa, sine suo dolo malo impeditus, in iudicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est, tribui ei *exceptionem*. Simili modo et si ad testimonium desideratus, ad judicium occurrere non potuit: erit ei subveniendum. Si quis iudicio se sisti promiserit: et *valetudine*, vel *tempestate*, vel *vi fluminis* prohibitus se sistere non possit: *exceptione* adiuvatur, nec immerito: cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum

34) S. den 3ten Th. dieses Commentars §. 252.

35) *L. 6. D. Si quis cautionib.*

36) *L. 1. §. 3. D. De eo, per quem factum erit.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 251.

37) *L. 2. §. 1. 2. 3. et 6. D. Si quis cautionib. in iud. sistendi causa fact. non obtemper.*

potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam Lex duodecim Tabularum, *si iudex, vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur*, iubet *diem iudicii esse diffisum* [38]). — Quod diximus, succurri etiam ei, qui tempestate, aut vi fluminis prohibitus non venit, *tempestatem* sic intelligere debemus, sive maritima sive terrestris sit: *tempestatem* intelligere debemus talem, *quae impedimento sit itineri, vel navigationi*. Da alle diese Exceptionen factische Umstände zum Grunde haben, so muß freylich der Beklagte den Beweis derselben übernehmen; doch kann zuweilen auch der Beweis dem Kläger selbst zur Last fallen. Ulpian [39]) giebt nämlich hierbey noch Folgendes zu bedenken, welches dem Kläger zu einer Replic dienen kann. Si quis tamen, cum posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si ante profectus esset, vel tempore opportuno navigasset, ipse se artaverit: num quid exceptio ei minime prosit [40])? quod quidem causa cognita erit statuendum: nam neque sic artandus sit, ut possit ei dici, cur non multo ante profectus est [41]), quam dies promissionis veniret? ne-

38) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 260. S. 526. der 2. Ausgabe.

39) L. 2. §. 8. *D. Si quis cautionib.*

40) Statt *ei minime* will *Guil.* PAUW Observation. iuris civ. Rom. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) eo nomine lesen. Allein man hat nicht nöthig, hier etwas zu ändern, da Ulpian auch an andern Orten eben so spricht. S. *L.* 37. *D. de rei vindicat.*

41) Unser Cod. Erl. und die meisten Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *es* statt est. So Gregor Ha-

que iterum permittendum ei, si quid sit, quod ei imputetur, causari tempestatem, vel vim fluminis. Quid enim si quis, cum Romae esset ipso tempore promissionis sistendi, nulla necessisate urgente, voluptatis causa in municipium profectus sit? nonne indignus est, cui haec exceptio patrocinetur? Aut quid, si tempestas quidem in mari fuit, terra autem iste potuit venire, vel flumen circumire? aeque dicendum non semper ei exceptionen prodesse: nisi angustiae non patiebantur terra iter metiri, vel circumire. Cum tamen vel flumen sic abundasset, ut implesset omnem locum, in quo sisti oportuit: vel aliqua fortuita calamitas eundem locum evertit: vel praesentiam venienti periculosam fecit: ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est. Sucht also der Kläger durch einen oder den andern der hier angeführten Umstände die Einrede des Beklagten zu vernichten, so muß er um so mehr den Beweis übernehmen, da auch die Replic, wie Ulpian [42]) sagt, nichts anders, als eine Exception ist, wodurch der Kläger die Einrede des Beklagten auszuschließen sucht.

Ulpian gedenkt ferner der procuratoria exceptio, deren sich eine Parthey bedient, wenn sie behauptet, ihr Gegner habe keinen Procurator bestellen, oder nicht zum Procurator bestellt werden können. Da jeder zum Pro-

loander, Lud. Miräus. Paris 1552. Claud. Chevallonius, Paris 1527. 8. Wilh. Merlinus, Paris 1559. f. Sebast. Nivellius, Paris 1576. f. und Baudoza Cestius, Lion 1593. 4.

42) *L. 2. §. 1. D. de except.*

curator bestellt werden kann, den die Gesetze nicht ausschliesen, so muß immer die Parthey, welche ihrem Gegner die exceptio procuratoria entgegengesetzt, beweisen, daß er zu diesen Personen gehöre, welche die Gesetze ausschließen. Es findet hier wieder Anwendung, was schon ad *L. 5. pr. D. h. t.* gesagt worden ist. Der griechische Scholiast [43]) erklärt diese Stelle auf folgende Art: Ὁ *προκουρατωρείαν παραγραφὴν ἀντιτιθεὶς, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. οἷον ὡς ἐὰν τις ἔλεγεν μὴ ὀρθῶς δεδόσθαι τὸν πρωκουράτωρα, ἢ ὅτι πούπιλλος ἦν ὁ δεδωκὼς, ἢ μαινόμενος, ἢ στρατιώτης ἦν ὁ δοθείς.* i. e. *Ei, qui procuratoria exceptione utitur, incumbit onus probandi: utputa, si quis dicat, non recte datum procuratorem, vel quod pupillus esset, qui dedit, vel furiosus, vel quod miles sit, qui datus est.*

Setzt ferner der Beklagte der wider ihn angestellten Schuldklage die Einrede der Compensation entgegen, dies ist hier pecunia, quae *pensata* dicitur; denn *pensare* für compensare ist nicht ungewöhnlich [44]); so muß er gleichfalls diese Einrede beweisen [45]). In den Basiliken [46]) heißt es: *ὁ λέγων καταβεβληκέναι*, qui *pecuniam solutam* dicit. Der Scholiast [47]) hingegen

43) S. Scholia Basilικῶν ad Tit. 1. libri XXII. Tom. III. pag. 38.

44) *L. 33. et 39. D. Soluto matrimon.* S. Brissonius h. v.

45) Eben so, wie die Einrede der Zahlung. *L. 1. C. h. t.* Die Glosse erklärt auch das *pensata* für soluta. *Claud.* Chevallonius lieset compensata.

46) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 19. §. 2. Tom. III. p. 4.

47) Scholia Basilικῶν Tom. III. pag. 38.

sagt: *τὸ αὐτό ἐστιν ὅτε ὁ ῥέος κομπενσατευθῆναι λέγει τὰ ἀπαιτούμενα χρήματα. Idem est, et si reus pecuniam, quae petitur, pensatam dicat.*

Der exceptio rei iudicatae bedient sich der Beklagte, wie **Ulpian**[48]) sagt: quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur, quamvis non eadem, sed alia actione, de eadem tamen re agatur.

Wenn **Ulpian** in unserm Fragment weiter sagt: *vel iurisiurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur*, so versteht er hierunter die exceptio iurisiurandi, welche der Prätor dem Beklagten giebt, wenn er auf den Antrag des Klägers (conditione delata) aussergerichtlich geschworen hat, daß er ihm nichts schuldig sey, und er dennoch als Schuldner belangt wird. Der Prätor sagt nämlich in seinem Edict[49]): *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit, aut ei remissum fuerit iusiurandum, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Von dieser *exceptio iurisiurandi* ist schon an einem andern Orte[50]) gehandelt worden.

Die letzten Worte: *sive in alea gestum esse contendatur*, erklären die Griechen von dem Falle, wenn

48) *L. 3. et 5. D. de except. rei iudicatae.*

49) *L. 3. L. 5. §. 4. L. 6. et L. 7. D. de iureiur.* S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XII. Tit. 2. §. Missa haec facio. Tom. II. *Opp.* pag. 279.

50) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 798 b. S. 244.

der Beklagte behauptet, das Geld, auf dessen Bezahlung geklagt wird, sey ihm vom Kläger zum Spiel vorgeliehen worden. In den Basiliken [51]) heißt es: ἢ εἰς κύβους δανεῖσαι τὸν ἐνάγοντα, i. e. pecuniam in aleam creditam esse ab actore. Es kann indessen auch der Fall darunter verstanden werden, von welchem Paulus *libro* 71. *ad Edictum* [52]) redet, nämlich, wenn der Verkäufer wegen der Entwährung belangt wird, und er schützt vor, er habe die Sache dem Käufer beym Spiele verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten.

L. 20. JULIANUS *Libro quadragesimo tertio* [53]) *Digestorum.*

Sie quis liberum hominem vi rapuerit, in [54]) vinculis habuerit: is indignissime commodum possessoris consequeretur [55]). quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum [56]) lis ordinaretur, in libertate fuisse.

51) Tom. III. pag. 4. und *Scholia* pag. 38.

52) *L.* 2. §. 1. *D. Quar. rer. actio non dat.* S. den 11. Th. dieses Commentars §. 758. S. 334.

53) Haloander lib. LXIII.

54) Cod. Erl. *et* in vinculis. So auch Chevallon, Merlin und Baudoza. *Inve* vinculis Haloander und Miräus.

55) Cod. Erl. *consequetur.* Eben so Haloander, Chevallon, Merlin und Baudoza.

56) *Primum* steht nicht im Cod. Erl.

Dieses Fragment bezieht sich wieder auf die causa liberalis, wie mehrere der schon oben erklärten, und erhält auch daraus seine Erläuterung. Es gehört nämlich bey den Präjudicial-Klagen, wodurch über den status eines Menschen, ob er frey, oder Sklave, freygebohren oder freygelassen sey, hauptsächlich und unmittelbar gestritten wird, wie schon oben bemerkt worden ist, zur ordinatio oder praeparatio litis, vor allen Dingen den Besitzstand auszumitteln, wenn es zweifelhaft war, wer von beyden Theilen die Rolle des Klägers oder des Beklagten zu übernehmen habe, weil davon der Beweis in der Hauptsache abhieng. Der Besitzer genoß den Vortheil des Besitzes, und konnte den Beweis von seinem Gegner erwarten. Allein der Besitz durfte auch nicht durch Gewalt oder Arglist erworben worden seyn [57]). War nun durch Regulirung des Besitzstandes lis präparirt, so konnte derjenige, über dessen Freyheitsstand ein Streit entstanden war, jetzt wie ein freier Mensch gegen denjenigen sein Recht verfolgen, welcher sich für seinen Herrn ausgab, und auf solche Art Klagen sichern, welche sonst durch den Tod oder Zeitablauf erloschen seyn würden [58]). Sprach hingegen der Richter, derjenige, welcher sich für einen freien Menschen hielt, sey zur Zeit des erhobenen Prozeßes nicht im Besitz der Freyheit gewesen, oder er habe sich auf eine widerrechtliche Art in den Besitz der Freyheit gesetzt, so mußte er in der Hauptsache den Beweis übernehmen, daß er wirklich ein freier Mensch sey [59]). Julian spricht nun von einem solchen Falle,

57) *L. 10. D. de liberali causa.*

58) *L. 24. pr. D. eodem.*

59) *L. 7. §. 5. D. eodem. L. 15. C. h. t.*

wo derjenige, welcher den Freyheitsstand eines Menschen in Streit zog, denselben mit Gewalt weggekapert, und in Ketten gelegt hatte, um nicht die Rolle des Klägers und die Beweislast übernehmen zu dürfen. Käme es blos auf den gegenwärtigen Besitzstand an; so müßte dem letztern, der auf die Freyheit provocirte, der Beweis dieses Status aufgelegt werden, weil er sich zur Zeit des Prozeßes nicht im Besitz desselben befand. Allein mit Recht sagt Julian, sey derjenige des Vortheils, welchen sonst der Besitz gewährt, höchst unwürdig, welcher denselben auf eine so widerrechtliche Art erworben hat. Der Räuber mag also beweisen, daß er Herr und jener sein Sklave sey [60]. Sehr richtig bemerkt hier Cujaz [61], die letzteren Worte unsers Fragments: *quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuisse*, seyen ein bloßer Zweifels- und kein Entscheidungsgrund, und müßten daher mit den vorhergehenden Worten: *is indignissime commodum possessoris consequeretur*, in unzertrennter Verbindung gelesen werden. Der Sinn geht also dahin, es wäre unbillig, den Räuber mit dem Beweise, daß der Geraubte sein Sklave sey, darum zu verschonen, weil dieser nun nicht werde beweisen können, daß er zur Zeit des erhobenen Prozesses in der Freyheit gewesen sey. Diese Erklärung bestätigt auch Cyrillus in den Scholien der Basiliken [62],

60) S. DUARENUS Comm. ad h. Tit. Cap. 4. *Operum* pag. 940.

61) Commentar. in Lib. XLIII. Digestor. Salvii Iuliani ad h. L. *Operum* posthumor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 323.

62) *Basilica* Tom. III. pag. 38.

welcher unser Fragment auf folgende Art paraphrasirt. Ἐάν τις ἐλεύθερον ἄνθρωπον ἁρπάσῃ βίᾳ, ἢ καὶ ἀποδεσμῆται αὐτὸν διαβεβαιούμενος καὶ θέλων γενέσθαι νομεὺς, ἵνα μὴ βαρῆται ταῖς ἀποδείξεσιν, ἐπειδὴ βίᾳ τοῦτο ἐποίησεν, ἄξιος οὐκ ἔστι τοῦ χρησίμου τοῦ νομέως, λέγω δὴ τοῦ μὴ βαρεῖσθαι ταῖς ἀποδείξεσι, καὶ εἰκότως ὑπόκειται τῷ βάρει τῶν ἀποδείξεων. i. e. *Si quis liberum hominem vi rapuerit, inve vinculis eum habuerit, adserens volensque possessionem consequi ne imponatur ei probatio: quia vim fecit, indignus est commodo possessoris, qui probationem non praestat, et merito subiicitur oneri probationum.*

L. 21. MARCIANUS *Libro sexto Institutionum* 63).

Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem

63) Unter den grösseren Werken des Marcian nehmen gewiß desselben Institutionen, welche aus 16. Büchern bestanden, den ersten Platz ein. Sie dienten auch den Verfassern der Institutionen des Kaisers Justinian, neben den Institutionen des Cajus, zur Hauptquelle, aus welchen vieles entlehnt worden ist, wie *Ger.* OELRICHS in Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani. *Traj. ad Rhen.* 1754. aus einer Vergleichung derselben mit Justinians Institutionen Sect. II. Cap. 1. §. 2. erwiesen hat. Selbst diese ganze Pandectenstelle ist wörtlich in dem §. 4. *I. de legatis* enthalten. Marcian fing dieses Werk wahrscheinlich noch beym Leben des Kaisers Severus an,

vel obligatam legare defunctum [64]) non heredem probare oportere, ignorasse alienam [65]) vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit [66]).

jedoch nachdem derselbe den Antonin schon zum Mitregenten angenommen hatte, er endigte es aber erst nach ihrem Tode unter dem Kaiser Alexander Severus. Denn in den ersten Büchern seiner Institutionen nennt er die Kaiser Severus und Antonin schlechthin ohne den Beysatz Divi, den er aber in den letzteren Büchern immer beyfügt. S. Oelrichs c. l. Die Fragmente, welche aus den 9. erstern Büchern der Institutionen des Marcian in den Pandecten noch übrig sind, hat Oelrichs cit. Diss. pag. 89 — 99. gesammlet, und in ihrer vormaligen Ordnung zusammengestellt; alle 16. Bücher aber hat Heineccius in Opuscul. posthum. pag. 588 — 599. restituirt.

64) Haloand. Miräus, Merlin und Baudoza lesen sciase *defunctum* alienam *se* rem vel obligatam legare. Claud. Chevallon, Hugo a Porta und Sebast. Nivellius aber: sciase defunctum alienam rem vel obligatam legare. Allein der §. 4. *I. de legat.* bestärkt die florentinische Leseart in den Pandecten.

65) Miräus, Merlin und Baudoza ignorasse alienam *rem*. Allein das Wort *rem* steht auch in der Stelle der Institutionen nicht.

66) *Nic.* Catharinus Observation. et Conjecturar. Lib. II. cap. 3. in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 778. hält die Worte: *qui agit* für corrupt, und will dafür, zu Folge der *L.* 2. *D. de probat.* qui *ait* lesen. Allein für die Richtigkeit der florentinischen Leseart bürgt nicht nur §. 4. *I. de legat.* sondern auch die Paraphrase

Marcian, welcher im sechsten Buche seiner Institutionen von Vermächtnissen handelte[67]), entscheidet hier die Frage, wem beym Vermächtniß einer fremden Sache der Beweis obliege, dem Legatar, der es fordert, oder dem Erben, der ihm die Sache verschaffen soll? Es ist hier vor allen Dingen zu bemerken, daß unter einer *res aliena* im eigentlichen Sinne eine solche Sache verstanden wird, woran der Erblasser gar keinen Theil noch Recht hat, und welche daher auf keine Weise als ein Theil des Nachlasses des Testators zu betrachten ist, sondern einem Dritten gehört, der weder der Erbe noch der Legatar ist[68]). Denn die aliena res wird in dem §. 4. *I. de legatis*, welche aus Marcian genommen ist, von der res heredis genau unterschieden. Es kommt auch bey der Sache des Erben, wenn sie der Testirer einem Dritten vermacht hat, gar nicht darauf an, ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre, oder sie für die seinige gehalten hat, sondern das Legat

des Theophilus, in welcher es heißt: ὁ γὰρ ληγατάριος ἄκτωρ ὢν εἰκότως βαρύνεται, τῇ ἀποδείξει. i. e. *Legatarius enim, cum actor sit, probatione merito oneratur.* Die *Basilica* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 21. pag. 4. bestätigen ebenfalls die florentinische Leseart, da heißt es: ἀεὶ γὰρ ὁ ἐνάγων βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. i. e. *quia semper actori onus probandi incumbit.*

67) S. Oelrichs cit. Diss. pag. 92. und Heineccius Opuscul. postum. [illegible]

68) S. *Dan.* [illegible]
quae es[illegible]

ist ohne Unterschied gültig [69]). Denn da der Erbe mit dem Erblasser im rechtlichen Sinn für eine Person gehalten wird [70]), so sind desselben Sachen der Disposition des Erblassers eben so unterworfen, als ob sie seine eigene Sachen wären [71]). Justinian giebt dieses selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn er §. 4. *I. de legatis* sagt: Non solum autem *testatoris vel heredis res*, sed etiam *aliena* legari potest. Aus gleichen Grundsätzen ist das Legat zu beurtheilen, wodurch der Testirer die eigene Sachen des Legatars einem Dritten vermacht, wenn er den Legatar dadurch nur nicht mehr beschwerte, als er ihn honorirt hat [72]). Denn da die Sache schon sein Eigenthum ist, so braucht er sie ja nicht erst anzuschaffen, um sie demjenigen auszuhändigen, dem sie vermacht worden ist, wie dieser Grund insonderheit bey der legirten Sache des Erben angeführt wird.

69) *L.* 67. §. 8. *D. de legat. II. L.* 25. *Cod. de fideicommiss. Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 20. §. 4. p. 325. (*Paris.* 1554. f.)

70) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap. Nov. XLVIII. in Praefat.* ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris. cura *Eisenhart. Halae* 1769. 8. Cap. 20. p. 57.

71) *Ferd. Christoph.* HARPPRECHT Diss. Suprema voluntas de bonis heredis. (in *Eius* Dissertation. academ. Vol. I. Nr. 38.) *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXX. de re heredis legata. und Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen. §. 275.

72) §. 1. *I. de sing. rebus per fideicomm. relict. Car. Aug.* GOTTSCHALK Diss. de legato rei alienae. *Dresdae* 1800. 4.

Wird nun eine fremde Sache legirt, die einem Dritten gehört, welcher nichts aus dem Testamente erhält; so ist der Erbe verpflichtet, dieselbe zu kaufen, und sie dem Legatar zu überliefern, wenn auch die Anschaffung derselben mit Schwierigkeiten verbunden seyn sollte [73]. Will sie der Eigenthümer nicht verkaufen, denn Niemand kann ihn dazu zwingen [74], oder fordert er einen so unmäßigen Preis, daß man sie ihm dafür nicht abkaufen kann; so muß der Richter die Sache schätzen lassen, und der Erbe entledigt sich seiner Verbindlichkeit durch Bezahlung des Preises [75]. Nach dem ältern Recht

73) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. I.* §. 4. *I. de legat.*

74) *L.* 11. *L.* 13. *L.* 14. *Cod. de contrah. emt.* Daher sagt auch THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 4. I. de legat. ex edit. *Reitzii* T. I. pag. 439. *οὐχ ὥστε τὸν δεσπότην τῶν ἰδιών πραγμάτων στερεῖσθαι. αναγκάζεται γὰρ ὁ κληρονόμος προσιέναι τῷ δεσπότῃ, καὶ διαλέγεσθαι περὶ ἀγοράσίας καὶ ἐι μὲν ἕλοιτο ὁ δεσπότης πωλῆσαι, ἀγοράσας ὁ κληρονόμος δίδωσι τοῦτο τῷ ληγαταρίῳ· ἐι δὲ μὴ δυνηθῇ, τοῦ δεσπότου μὴ βουληθέντος, τὴν τοῦ πράγματος διατίμησιν παρέξει τῷ λεγαταρίῳ.* i. e. *non ut dominus suis rebus privetur: nam heres dominum adire cogitur, et de emtione cum eo loqui: et si quidem dominus vendere malit, heres illam emens dat legatario: si vero emere non possit, domino nolente, rei aestimationem legatario praestabit.* Hierauf geht auch nur das *Cap. 5. X. de testam.* S. PÜTTMANNI Miscellan. ad ius pertinent. Specim. II. Obs 6. NETTELBLADT cit. Diss. §. 30. et 31. und GOTTSCHALK cit. Diss. §. 7.

75) *L.* 71. §. 3. *D. de legatis I.* *L.* 14. §. 2. *L.* 30. §. 6. *D. de legat. III.* Hat der Erbe die Sache zu theuer

konnte zwar eine solche fremde Sache nur per damnationem vermacht werden [76]); war sie indessen auch mit der Formel per vindicationem hinterlassen, so ward doch ein solches Legat schon vor Justinian, wenn es auch nach dem Civilrecht nicht galt, vermöge eines gewissen unter dem Kaiser Nero gemachten Senatusconsults eben so angesehen und bey Kräften erhalten, als wenn es *optimo iure*, d. i. per damnationem wäre hinterlassen worden [77]). Nach den Verordnungen des Kaisers Justinian [78]) kommt aber auf den Unterschied der Formel bey den Vermächtnissen ohnehin nichts mehr an.

Soviel nun hiernächst die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses anbetrifft, so stand zwar derselben auf der einen Seite die Verordnung der zwölf Tafeln entgegen: *Uti legassit* SUAE REI, *ita ius esto* [79]): nach welcher man nur über seine eigne Sachen testiren konnte; andern Theils aber schien doch auch die Sorge der Rö-

gekauft, so hat er sich selbst durch seine eigne Schuld geschadet, und kann wegen eines daraus entstandenen Defects seines falcidischen Antheils den Legatarien nichts abziehen. *L. 61. D. ad Leg. Falcid.*

76) ULPIAN. Fragm. Tit. 24. §. 7. und CAJUS *Institut.* Lib. II. Tit. 5. §. 2. et 3. S. auch OISELIUS ad Cajum not. 21. in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 117.

77) ULPIAN. *Fragm. Tit. XXIV.* §. 11. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 277. Not. 2. der 5ten Aufl.

78) §. 2. *I. de legat.* *L.* 1. *Cod. Commun. de legat.*

79) *L.* 120. *D. de. Verbor. Significat.*

mer für die Erhaltung letzter Willensverordnungen eine solche Auslegung zu erheischen, als sey es der Wille des Testirers, daß der Erbe die Sache von dem Eigenthümer kaufe, und sie dem Legatar gebe, oder wenn sie dem Eigenthümer nicht feil ist, den Werth, nach einer billigen Schätzung der Sache, statt derselben, bezahle [80]. Diese letztere Meinung erhielt auch die Oberhand. Daher sagt Ulpian *Lib. XXI. ad Sabinum* [81]). Constat, *etiam res alienas legari posse*, utique si parari possint: *etiamsi difficilis earum paratio sit*. Dieses hatte nun auch wohl in dem Falle keinen weitern Zweifel, wenn der Testirer eine fremde Sache wissentlich vermacht hatte. Allein darüber war man anfangs noch nicht im Reinen, wenn der Testirer die vermachte fremde Sache für die seinige gehalten hatte; ob auch dann eine gleiche Auslegung für die Gültigkeit desselben Statt finde? Es mochten wohl einige wegen der großen Begünstigung der Vermächtnisse diese Frage bejahet haben, wenn nur das Vermächtniß per damnationem war hinterlassen worden. Labeo schreibt wenigstens *libro II. Posteriorum a* JAVOLENO *epitomatorum* [82]) ganz allgemein: Si *aedes alienas* ut dares *damnatus* sis, neque eas ulla conditione emere possis: aestimare judicem oportere, ATTEJUS scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto, heres liberetur. Allein Neratius Priscus widersprach dieser Meinung, und be-

80) S. *Franc.* HOTOMANI Commentar. in IV. libros Institution. Lib. II. Tit. 20. §. 4. pag. 218. (*Lugduni* 1588. f.)

81) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. II.*

82) *L.* 29. §. 6. *D. de legat. III.*

hauptete vielmehr, das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Testirer für die seinige gehalten, könne darum auf keine Weise gefordert werden, weil die Testirer geneigter seyen, ihre eigenen Sachen zu vermachen, als ihre Erben damit zu belästigen, fremde Sachen anzuschaffen. Diese Meinung des Neratius bestätigte auch der Kaiser Antoninus Pius durch ein Rescript, dessen Justinian §. 4. *I. de legatis* namentlich gedenkt, und zwar aus dem Grunde, weil vielleicht der Testirer die Sache nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie eine fremde Sache sey. Die Meinung des Neratius hingegen führt Papinian *libro XIX. Quaestionum* [83]) an, wo er sagt: Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem: non est NERATII PRISCI sententiae, nec *Constitutioni* locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. *Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, et onerandis heredibus faciliores voluntates:* quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem. Papinian gedenkt hier ausser der Meinung des Neratius Priscus noch einer Constitution, deren Urheber er jedoch nicht nennt. Es ist aber wohl unstreitig keine andere, als die des Kaisers Antoninus Pius, deren Justinian gedenkt, wie auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt hat. Da jedoch noch

83) *L. 67 §. 8. D. de legat II.*

84) Commentar. in librum XIX. Quaestionum Papiniani ad h. L. (*Oper.* a *Fabroto* editor. Tom. I. p. 548.)

eine andere ähnliche Constitution vom Kaiser Alexander Severus [85]) vorhanden ist, so glauben einige Ausleger [86]) sowohl Justinian als Papinian hätten diese Constitution gemeint, weil auch dem Kaiser Alexander der Beynahme Pius beygelegt worden sey, wie aus den Fastis, und dem Lampridius [87]), den Biographen dieses Kaisers, erhelle, auch überdem eine solche Constitution vom Kaiser Antoninus Pius nirgends vorhanden sey. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch, daß die Constitution, welche Papinian erwähnt, schon vor dem Kaiser Alexander muß vorhanden gewesen seyn. Denn Papinian ward ja noch vor der Regierung des Alexanders unter dem Kaiser Caracalla, auf Befehl desselben, ermordet [88]). Wie konnte also Papinian einer Constitution gedenken, welche erst ganzer 17 Jahre nach seinem Tode erschien [89]). Eben so wenig läßt sich aber auch behaupten, daß der Kaiser Antoninus Pius jene Verordnung nach der Meinung des Neratius, welche derselbe in dem Consistorium dieses Kaisers vorgetragen, promulgirt habe [90]). Denn Neratius Priscus blühte

85) *L.* 10. *Cod. de legatis.*

86) *Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 20. §. 4. ad verba: *Et ita Divus Pius rescripsit*, pag. 323. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 4. I. de legat. pag. 295.

87) Vita *Alexandri Severi*. Cap. 4. et 7.

88) SPARTIANUS in Caracalla. Cap. 4.

89) S. GOTTSCHALK cit. Diss. §. 2. pag. 14.

90) CUJACIUS cit. Commentar. in libr. XIX. Quaestion. Papiniani p. 548. und *Thom.* PAPILLONIUS ad fragm. Pomponii de origine iuris (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 604.)

unter Trajan und Hadrian [91]). Daß er noch zur Zeit des Antoninus Pius gelebt habe, und in dessen Consistorium geheimer Rath gewesen sey, ist unerweislich. Die Stelle aus Papinian enthält auch schon selbst die Widerlegung dieser Meinung, da Papinian die Meinung des Neratius von der Constitution des Kaisers Antoninus Pius genau unterscheidet, und zwar soviel sagt, Antoninus Pius habe nach eben der Meinung rescribirt, welche schon Neratius Priscus vorhin behauptet hatte [92]; allein daß dieser Rechtsgelehrte auch in dem Consistorium des Kaisers Pius Beysitzer gewesen sey, erhellet aus dieser Stelle nicht.

Um also die Gültigkeit eines legati rei alienae zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob der Verstorbene gewußt hat, daß die Sache eine fremde Sache sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle ist das Legat gültig, vorausgesetzt, daß die Sache im Verkehr sey, und also durch Kauf erhalten werden kann. In dem letztern Falle aber kann weder das Legat noch der Werth desselben gefordert werden. Justinian sagt §. 4. *I. de legatis:* Quod autem diximus, alienam rem legari posse, ita intelligendum est: *si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat.* Forsitan enim, si scis-

91) Spartianus in *Hadriano* cap. 4. et 18. *L.* 5. *D. Si a parente quis manumissus sit. L.* 7. §. 16. *D. Quibus ex caus. in possess. eatur.* G. *Christ.* Gottl. Richter Exercitat. de Neratio Prisco ICto. *Lipsiae* 1788. Cap. 2.

92) Ein anderes Beyspiel, wo der Kaiser Pius die Meinung des Neratius gebilliget hat, enthält die *L.* 7. *D. de condit. et demonstrat.*

set alienam, non legasset: et ita *Divus Pius* rescripsit. Eben das gilt nun auch von Fideicommissen, wie schon Paulus [93]) lehrt: Si alienam rem tanquam suam testator *per fideicommissum* reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, *ut solet legatum*, *ita inutile erit fideicommissum*.

Hiernach ist nun die Frage zu entscheiden, wem der Beweis obliege, wenn darüber ein Zweifel entsteht, ob der Testirer gewußt habe, daß die legirte Sache eine fremde sey, oder nicht? Man sollte glauben, der Erbe müsse den Beweis übernehmen, wenn er behauptet, das Legat sey ungültig, weil der Testirer die Sache aus Irrthum für die seinige gehalten habe. Denn Irrthum und Ungültigkeit einer Handlung wird im Zweifel nicht vermuthet. Es ist auch kaum zu glauben, daß der Testirer nicht sollte zwischen seinen und fremden Sachen zu unterscheiden gewußt haben. Vielleicht, daß aus diesen Gründen, welche jetzt freylich nur als Zweifelsgründe angeführt zu werden pflegen [94]), manche der ältern Römischen Rechtsgelehrten auch wirklich dem Erben den Beweis, daß der Testirer unwissend eine fremde Sache vermacht habe, aufgelegt wissen wollten. Denn nicht ohne Grund sagt Marcian: VERIUS *esse existimo*, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, *scisse alienam rem legare defunctum*. Marcian war also anderer Meinung, und glaubte, der Legatar müsse beweisen, daß der Verstorbene gewußt habe, die legirte Sache sey eine fremde. Diese Meinung ist auch allerdings die richtigere.

93) *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 1. §. 8

94) S. *Franc.* HOTOMANUS und *Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad §. 4. I. de legatis.

Denn da von dieser Wissenschaft des Testirers die Gültigkeit des ganzen Vermächtnisses abhängt, so gehört dieselbe zum Grunde der Klage. Der Legatar muß also, als Kläger, diesen Grund seiner Klage um so mehr beweisen, als für den Erben die weit stärkere Vermuthung streitet, daß die Testatoren immer leichter ihre eigenen Sachen zu vermachen pflegen, als daß man glauben sollte, sie hätten ihre Erben mit Vermächtnissen fremder Sachen belästigen wollen, die sie erst, und oft nicht ohne große Schwierigkeit anschaffen müssen. Hieraus erklärt sich denn nun auch der vom Marcian angeführte Grund: *quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*, welcher nichts anders seyn will, als daß immer der Kläger den Grund seiner Klage beweisen müsse [95]). Die Vermuthung, welche für den Erben streitet, und ihn gewöhnlich des Beweises überhebt, wird jedoch zuweilen durch eine stärkere überwogen, welche entweder die Beweislast auf den Erben wälzt, oder gar keinen Gegenbeweis zuläßt. Der erste Fall ist, wenn die vermachte Sache ein Dritter besitzt, und der Testirer bey seinem Leben nie Anspruch darauf gemacht hat. Hier vermuthet man, der Testirer habe die Sache, als eine fremde Sache, dem Legatar zugedacht, wofern der Erbe nicht das Gegentheil beweißt [96]). Der andere Fall ist, wenn die Sache einer solchen Person ver-

95) S. Gottschalk cit. Diss. §. 5. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproc. VI. 6. S. 174. f.

96) S. *Arn.* Vinnius Comm. ad Institut. Tit. de legatis §. 4. *Greg.* Majansii Diss. de legato rei alienae. §. 12. (*Disputation iur. civ.* Vol. I. Diss. XX. p. 353.) und Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 278.

macht worden ist, gegen welche der Testirer wegen naher Verwandtschaft, oder wegen ehelicher Verbindung, oder wegen besonderer freundschaftlicher Verhältnisse eine besondere Zuneigung hatte, so daß er sie ihr vermacht haben würde, wenn er auch gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sey. So rescribirte der Kaiser Alexander Severus einer gewissen Ingenua [97]): Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum vel fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit: non aliter valet relictum, *nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.*

Eben so, wie bey einer fremden Sache, ist es in dem Falle, wenn die vermachte Sache einem Dritten verpfändet ist. Auch hier ist ein Unterschied, ob der Testator gewußt hat, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet, oder nicht. In dem ersten Falle muß der Erbe die Sache einlösen, wofern der Testator nicht ein Anderes gewollt hat. So haben die Kaiser Sever und Antonin rescribirt [98]). In dem letztern Falle hingegen ist zwar das Legat nicht ungültig, und hierin unterscheidet sich das Legat einer res obligata vom Legat einer res aliena; allein der Legatar muß die Sache selbst einlösen, wenn er sie haben will. Das Vermächtniß ist, wenn es auch der Erbe nicht einzulösen schuldig ist, doch darum nicht ungültig, weil es ja, wie gewöhnlich bey Pfändern

97) L. 10. *Cod. de legat.* GOTTSCHALK cit. Diss. §. 10.

98) §. 5. *I. de legatis* S. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 43. Not. 20. S. 427. f.

der Fall ist, mehr werth seyn kann, als die darauf haftende Pfandschuld beträgt. Daher kann auch in jenem ersten Falle der Testator verordnen, daß der Legatar die Sache selbst einlöse; dahingegen kein vernünftiger Testator wissentlich eine fremde Sache vermachen, und dabey erklären kann, daß der Erbe die Sache weder kaufe, noch den Werth derselben dem Legatar bezahle. Verlangt nun der Legatar, daß der Erbe das Pfand einlöse, so muß er, so wie beym Legat einer fremden Sache, beweisen, daß der Testator gewußt habe, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet. *Legatarium* probare oportere, sagt Marcian, scisse alienam rem vel *obligatam* legare defunctum. Der Grund ist auch hier der nämliche, weil der Testator die Sache vielleicht nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie einem Dritten verpfändet sey. So wie jedoch die besondere Zuneigung des Testirers gegen den Legatar, beym Vermächtniß einer fremden Sache, die Vermuthung begründet, der Testator werde demselben die Sache auf jeden Fall vermacht haben, wenn er auch gleich gewußt hätte, daß sie eine fremde Sache sey; so findet diese Ausnahme auch beym Vermächtniß einer verpfändeten Sache Statt, und der Erbe muß in diesem Falle das Pfand einlösen. So schreibt nicht nur Ulpian *libro XXXIII. ad Sabinum* [99]).

99) *L. 57. D. de legatis I.* Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta: si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam: *vel potest aliquid esse superfluum ex soluto aere alieno.* Diese letzteren Worte enthalten keine besondere Ausnahme, wie man insgemein be-

sondern eben so rescribirte auch Kaiser Alexander an einen gewissen Nilus [100]).

L. 22. ULPIANUS *libro primo Responsorum.*

Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

Aenderung des Willens wird bey einer an sich gültigen Verfügung nicht vermuthet, sondern muß jederzeit von dem bewiesen werden, der solche behauptet [1]). Dieser

hauptet; s. Westphal von Vermächtnissen u. Fideicommissen §. 288. SAMMET Recept. Lection. ad *Jauchium*. Disputatio II. Cap. 19. pag. 158. und *Jo. Frid.* GEMNICH Diss. de legato rei obligatae. *Regiomonti* 1808. 4. sondern gehen auf beyde angeführte Fälle, wo der Legatar die Sache einlösen muß, entweder weil es der Testator ausdrücklich erklärt hat, oder weil er nicht gewußt hat, daß die von ihm vermachte Sache verpfändet sey. Denn die Einlösung, wenn auch der Erbe dazu nicht verbunden ist, kann doch für den Legatar von Nutzen seyn, weil das Pfand gemeiniglich mehr werth ist, als die Pfandschuld beträgt. S. *Christ. Frid.* MÜHLENBRUCH Observation. iuris Romani Specim. I. *Regiomonti* 1818. 8. Cap. II. Nr. 4. pag. 46 sqq.

100) *L. 6. Cod. de fideicomm.* Praedia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime *cum testator conditionem eorum non ignoravit: aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset.*

1) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. VI. S. 182. Nr. 9.

Satz findet besonders bey letzten Willensverordnungen seine Anwendung, wenn der Erbe dem Legatar entgegensetzt, der Testator habe seinen Willen geändert. Hier muß der Erbe den Beweis übernehmen [2]). Onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem, sagt Celsus *libro* 21. *Digestorum*, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat [3]). Eben diese Anwendung von seiner Regel macht Ulpian *libro II. Fideicommissor.* [4]) in dem Falle, wenn der Testator die vermachte Sache bey seinem Leben aus Noth veräusserte, und der Erbe behauptet, der Testator habe das Legat dadurch wieder aufheben wollen. Si rem suam, sagt er, testator legaverit, eamque *necessitate urgente* alienaverit: fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. *Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.* Freywillige Veräusserung der vermachten Sache enthält freylich eine stillschweigende Willensänderung [5]), wenn gleich die veräusserte Sache nachher wieder in des Erblassers Eigenthum zurückkehrt. Klagt nun der Legatar, so kann ihm die exceptio doli mali mit Recht entgegengesetzt werden. Behauptet er, der Testator habe die Sache um seinet-

2) *Andr.* ALCIATUS de Praesumtionib. Lib. II. cap. 16. *Jac.* CUJACIUS in Commentar. in Libr. I. Responsor. Ulpiani ad L. 22. D. de probat. (*Oper.* a FABROTO editor. Tom. III. pag. 128.) und POTHIER Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. pag. 635.

3) L. 22. *in fin. D. de legat. II.*

4) *L.* 11. §. 12. *D. de legat. III.*

5) PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 1. §. 9. *L.* 8. *pr. D. de legat. I.*

willen wieder an sich gebracht, so muß er den Beweis übernehmen. So lehrt Paulus *libro sing. de adsignatione libertorum* [5]): Cum servus legatus a testatore, et alienatus, rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. *Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur.*

L. 23. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.*

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut [7]) pignori hypothecaeve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque [8]) implere [9]) debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore: aut cuius voluntate hypotheca data sit [10]).

Dieses Fragment handelt von dem Beweise, den der Kläger bey der hypothekarischen Klage zu führen hat. Diese Klage wird *formula hypothecaria* genennt, und sie ist es, von welcher Marcian in dem Buche handelte, aus welchem dieses Fragment genommen ist. Der

6) *L. 15. D. de adimendis vel transferend. legatis*

7) Chevallon, Merlin und Baudoza lesen, ut *res.*

8) *Cod. Erl.* lieset illud implere debet. Das *quoque* fehlt.

9) Haloand. und Miräus *probare* debet.

10) Hal. und Mir. aut *ad eum*, cuius voluntate hypotheca data *est.*

Kläger muß hier vor allen Dingen beweisen, daß ihm an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, wenn es von dem Besitzer derselben bestritten wird. Denn Zuständigkeit des Pfandrechts macht den Grund der actio hypothecaria aus. Wie ist nun aber dieser Beweis zu führen? Marcian nimmt hier den gewöhnlichen Fall an, da das Pfandrecht durch Vertrag entstanden ist. Da aber das Pfandrecht auch auf andere Art, und ohne den Willen des Schuldners entstehen kann, so ist überhaupt der Beweis auf die Art des Erwerbs zu richten. Allein dieser Beweis reicht an sich noch nicht immer zur Begründung der Klage hin. Der Kläger hat auch noch überdem zu beweisen, daß er durch das factum oppignorationis wirklich ein Pfandrecht erworben habe. Dazu gehört nun, wie Marcian hier lehrt, daß der Kläger auch beweise (dieß heißt hier illud quoque *implere* debet, wie dieser Ausdruck schon oben vorgekommen ist) dem Schuldner habe die verpfändete Sache, und zwar zur Zeit der Verpfändung, gehört, oder ist sie eine fremde Sache, so muß er darthun, daß die Verpfändung wenigstens mit Zustimmung des wahren Eigenthümers geschehen sey. Ob nun wohl Marcian diesen Beweis dem Gläubiger unbedingt aufzulegen scheint, so ist er doch, wie schon an einem andern Orte [11]) gezeigt worden ist, nur in dem Falle erforderlich, wenn die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt wird, und das Pfand ein pignus speciale ist. Denn da in einer allgemeinen Verpfändung auch die bona futura begriffen sind; so ist es genug, wenn der Kläger nur beweist, daß der

11) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1085.

Schuldner in der Folge das Eigenthum der in Anspruch genommenen Sache erworben habe [12]).

L. 24. MODESTINUS *Libro quarto* [13]) *Regularum.*

Si chirographum concellatum fuerit, licet praesumptione debitor liberatus esse videtur [14]), in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc [15]) deberi ostenderit [16]), recte debitor convenitur.

Modestin spricht hier von einer Vermuthung, welche aus einem durchstrichenen Schuldscheine für die Aufhebung der Schuld entsteht. Das Wort *chirographum* bezeichnet zwar im weitesten Sinn jede Handschrift [17]). Daher nennt auch Paulus [18]) die eigenhändige Unterschrift der Zeugen bey einem schriftlichen Testament chirographum. Im engern Sinn versteht man auch unter *chirographum* eine Urkunde, die Jemand in Beziehung auf eine Schuld ausgestellt hat, sie enthalte nun entweder ein

12) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.* S. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 44.

13) Haloand. und Miräus libro III.

14) Chevallon und Baudoza videatur.

15) *Cod. Erl.* adhuc sibi.

16) Hal. und Mir. ostendit.

17) *Can.* 2. *Dist. XXII.* und *Can.* 1. *Can.* 2. *Dist. XCVIII.*

18) *L.* 30. *D. Qui testam. fac. poss.*

Schuldbekenntniß, oder eine Quittung [19]). Allein hier wird das Wort *chirographum* in der eigentlichsten und engsten Bedeutung für ein Schuldbekenntniß genommen [20]), die Urkunde, worin es enthalten ist, mag übrigens eine öffentliche oder eine privat Urkunde seyn [21]).

Das Wort *cancellatum* bedeutet eben soviel als *inductum*, wie aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [22]) erhellet, wo es heißt: *Inductum*, id est *cancellatum*, necne, sit chirographum, vestrum, solutionem semel debiti causa factam ei, qui exigendi potestatem habuit, probantium, nihil interest. Eigentlich heißt es zwar soviel als durchstrichen, in welcher Bedeutung auch das Wort *perductum* in den Gesetzen [23]) vorkommt; allein es kann auch so viel als deletum, getilgt, heißen, die Tilgung geschehe nun

19) *L. 52. pr. D. de act. emti et vend. L. ult. Cod. Si certum petat. L. 4. C. de collat. fundor. patrimonial.*

20) *L. 41. pr. D. ad Leg. Aquil. L. 57. pr. D. de admin. et peric. tutor. L. 14. et 15. Cod. de solut.*

21) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de cancellatione eiusque in iure effectibus. *Tubing.* 1669. Cap. V. Th. 54.

22) *L. 22. Cod. de solut.* (VIII. 43.) Man vergleiche noch *L. 2. D. de his, quae in testamento delentur.*

23) Z. B. nomen perductum. *L. 8. §. 3. D. de bonor. possess. sec. tab.* welches CUJACIUS in Commentar. ad Tit. Pand. de his, quae in testam. delentur. *L. 1.* durch cancellatum erklärt.

auf welche Art sie wolle. Daher vertauscht Ulpian[24]) die Ausdrücke *inductum* und *deletum* willkührlich.

Um nun die Wirkungen einer solchen Tilgung näher zu bestimmen, so lassen sich drey Fälle gedenken. Sie ist nämlich entweder vom Gläubiger, oder vom Schuldner, oder von einem Dritten geschehen. Hat der Gläubiger selbst den Schuldschein durchstrichen, und eigenhändig darunter geschrieben, daß die Schuld bezahlt, oder erlassen sey, so bewirkt eine solche Cancellation einen vollkommenen Beweis gegen den Gläubiger, daß die Schuld aufgehoben sey, vorausgesetzt daß die Unterschrift von dem Gläubiger sey anerkannt worden[25]). Ist hingegen die Cancellation der Handschrift mit einer solchen eigenhändigen Unterzeichnung des Gläubigers nicht versehen, so begründet wenigstens die von dem Gläubiger selbst geschehene Tilgung des Schuldscheins eine rechtliche Vermuthung für die Aufhebung der Schuld. Diese Vermuthung muß jedoch der Wahrheit weichen, wenn der Gläubiger beweist, daß die Schuld nicht bezahlt, sondern die Cassirung des Schuldscheins von ihm blos aus Versehen, oder in der Trunkenheit, oder sonst in einem Zustande der Geistesabwesenheit geschehen sey. So weit also die Schuld noch unbezahlt ist, kann der Schuldner mit Recht belangt werden, wie auch

24) *L. 1. D. de his, quae in testam. delent.* (XXVIII. 4.) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. I. Th. 3. Daher sagt auch der Scholiast der Basiliken Tom. III. pag. 40. *ὅτι τὸ χιωθὲν ἀντὶ ἀκυρωθέντος ἐδέξατο.* i. e. *cancellatum chirographum ibi accipi pro vano et evacuato.*

25) *Cap. 2. X. de fide instrum. L. 26. in fin. D. depositi.*

Modestin hier ausdrücklich bemerkt. In dem zweyten und dritten Falle behauptet man gewöhnlich, daß dadurch keine Vermuthung für die Bezahlung oder Aufhebung der Schuld begründet werde, wenn nicht bewiesen werden kann, daß die Cancellation mit Einwilligung des Gläubigers geschehen sey [26]). Allein der Schuldschein befinde sich in dem Besitz des Gläubigers oder des Schuldners, so muß auch hier vermuthet werden, daß die Cassirung desselben mit Einwilligung des Gläubigers geschehen, und also die Schuld aufgehoben sey. Denn Marcian unterscheidet nicht. Da es nun gewöhnlich geschieht, daß wenn eine Schuld getilgt ist, der Schuldschein dem Schuldner entweder ganz, oder cassirt, zurückgegeben wird, eine unerlaubte Handlung aber von Seiten des Schuldners nicht vermuthet werden kann, so muß auch, wenn gleich der Schuldner den Schuldschein, welcher durchstrichen, oder durchschnitten, oder zerrissen ist, besitzt, auch hier die Vermuthung für die geschehene Tilgung der Schuld eintreten, so lange nicht das Gegentheil bewiesen ist [27]). In den Basiliken [28]) lautet übrigens unser Fragment folgendermassen: Ἐὰν χιωθῇ τὸ γραμματεῖον, ὁ χρεώστης ἠλευθέρωται κατὰ πρόληψιν, εἰ μὴ δείξῃ ὁ δανειστὴς ἔτι κεχρε-

26) MORNACIUS ad L. 24. D. h. t. BRUNNEMANN Commentar. in Pand. ad L. 24. h. t. und LAUTERBACH cit. Diss. de cancellatione. Cap. V. Th. 62. et 63.

27) *L.* 82. §. 3. *D. de furt.* *L.* 14. *Cod. de Solut.* *L.* 2. §. 1. *D. de pactis.* *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 2. *Oper.* T. I. p. 486. und *Ant.* SCHULTING Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 383. not. 75. et 76.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 24.

ωστῆσθαι. i. e. *Si chirographum cancellatum fuerit, debitor praesumtione liberatus est, nisi creditor adhuc sibi deberi probaverit.*

L. 25. Paulus *libro tertio Quaestionum.*

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet [29]) non fuisse debitum? res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit: et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum èsse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit [30]), per etenim absurdum est [31]), eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse [32]), postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit, nemo dubitat, qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas

29) *Chevallon.* debeat.

30) *Miraeus* acceeperit.

31) *Cod. 'Erl.* etenim absurdum est. Eben so *Chevallon* u. *Baudoza.* Allein *Miraeus* per enim absurdum est.

32) *Chevallon*, *Nivellius* und *Baudoza* pecuniam accepisse.

effundat. et [33]) maxime si ipse [34]), qui indebitas dedisse [35]) dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias: cuius personam incredibile est in aliquo [36]) facile errasse, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum [37]), et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

§. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias [38]) simplicitate gaudens, et desidia [39]) deditus: tunc enim, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

§. 2. Sed haec [40]) ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est: vel quod ab initio quidem

33) *Cod. Erl.* hat das et nicht.

34) *Chevall.* is.

35) *Cheval.* dedisse se.

36) *Haloand.* und *Miraeus* in eo aliquo.

37) *Cod. Erl.* solutum esse. *Miraeus* solutum sit.

38) *Cod. Erl.* vel alia. Eben so *Baudoza.*

39) *Cod. Erl.* desidie deditus. *Cheval. Miraeus, Merlinus,* und *Baudoza* desidiae deditus.

40) *Cod. Erl.* hoc. Eben so *Chevallon,* und *Haloand.*

debitum fuit, sed vel dissoluto [41]) debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius [42]) pecunias dependit: ipsum omnimodo [43]) hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quaEos [44]), qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita [45]) contendunt, haec ostendere exigit.

§. 3. In omnibus autem visionibus [46]), quas praeposuimus [47]), licentia concedenda est ei, cui onus [48]) probationis incumbit, adversario suo de

41) *Cod. Erl.* soluto.

42) *Hal. Mir. Merlin. Chevallon* und *Baud.* eas.

43) *Baud.* omnino.

44) *Quae eos;* per geminat.

45) *Hal. Cheval. Miraeus,* und *Baud.* solvisse indebita.

46) *Hal.* decisionibus, *Chevallon* und *Merlin* iussionibus. *Ant.* Augustinus Emendat. et opinion. Lib. II. cap. 2. pag. 58. (edit. *Basil.*) meint, es müsse divisionibus (i. e. distinctionibus gelesen werden, weil in andern Stellen der Pandecten, wo dieses Wort vorkommt, als *L.* 25. §. 15. *D. de hered. petit.* *L.* 8. §. 2. *D. ad SCt. Vellejan.* *L.* 29. §. 5. *D. Mandati*, in der florentinischen Handschrift das *Di* beygefügt wäre. Allein man sehe den 8. Th. dieses Commentars. §. 572. Not. 20.

47) *Hal. Mir. Chevall. Merlin* und *Baud.* quas proposuimus. Eben so *Cod. Erl.*

48) *Cod. Erl.* bonus.

rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei [49]) servando.

§. 4. Sed haec [50]) ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem [51]) cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete [52]) loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit, tunc enim stare eum oportet [53]) suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec [54]) indebite promisisse.

Paulus handelte im dritten Buche seiner Quästionen von der condictio indebiti, wie aus *L.* 21. *L.* 60. *D. de cond. indeb.* und *L.* 84. *D. de Reg. iur.* erhellet, und vermuthlich endigte er diese Materie mit der Frage, welche in unserm Fragment so ausführlich erörtert wird, und die Beweisführung bey der condictio indebiti betrifft. Darum trennten die Verfasser der Pandecten diesen Abschnitt von ihrem Orte,

49) *Hal.* und *Miraeus* eius.

50) *Cheval.* hoc.

51) Erst mit diesen Worten geht im *Cod. Erlang.* ein neuer §. an.

52) *Hal.* indistincte.

53) *Hal.* opertere.

54) *Cheval.* hoc.

und brachten ihn unter den Titel vom Beweise. Ob dieses Fragment dem Paulus angehöre, ist zwar unter den Auslegern streitig. Cujaz [55]), Anton Faber und mehrere [56]) eignen das ganze Fragment dem Tribonian zu. Nur die ersteren Worte, in welchen die hier erörterte Frage aufgeworfen wird, sollen des Paulus seyn. Man sagt, die hier sichtbare Weitschweifigkeit sehe nicht ähnlich der vom Paulus gewohnten präcisen Kürze. Auch soll die verdächtige Latinität einiger Phrasen, z. B. studiosus paterfamilias, ostendere, visiones, iuramentum, und die hin und wieder hervorscheinenden Gräcismen den Geist des Tribonian verrathen. Johann Jens [57]) hingegen spricht zwar dem Paulus dieses Fragment nicht ab, glaubt aber in demselben einen besonders wichtigen Beleg zur Begründung seiner Hypothese gefunden zu haben, daß wir den lateinischen Originaltext der Pandecten nicht mehr haben, sondern blos eine schlechtgerathene lateinische Uebersetzung von einer davon gemachten, aber auch verlohren gegangenen griechischen Version. Dieß zeige sich nun besonders in unserm Fragment recht sichtbar, wo der lateinische Interpret sich der unverzeihlichen Nachlässigkeit schuldig gemacht, daß er das ὥστε, welches die Griechen mit dem Infinitivus construiren, zwar ganz richtig durch ut übersetzt, aber statt des Subjunctivi, durchgehends den Infinitiv

55) Commentar. in libr. III. Quaestion. Pauli ad h. L. in *Oper. postum.* a Fabroto edit. Tom. II. p. 1020. sq.

56) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. Not. 41. S. 113.

57) Strictprae ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. pag. 168. sqq. (*Lugd. Batav.* 1764.)

aus dem Griechischen beybehalten habe. Er substituirt daher folgende lectio emendata.

Cum de indebito quaeritur, quis probare *debeat*, non fuisse debitum, res ita temperanda est, *ut*, siquidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione *ipse*, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, *compellendus sit* ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas *sibi* fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat: qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse se dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse: et ideo *is*, qui dicit, indebitas *se* solvisse, *compellendus sit* ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum *a se* solutum *sit*, et nisi hoc ostenderit, nullam *is* repetitionem *habeat*.

§. 1. Si autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agri-

cultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et *desidiae* deditus, tunc *is*, qui accepit pecunias, *ostendat*, *se* eas accepisse quidem, *sed* debitas *sibi* fuisse solutas, et, si non ostenderit, eas *redhibeat*.

§. 2. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvat, vel exceptione tutus, errore *suo* pecunias dependit, *ipse* omnimodo hoc *ostendat*, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens *persolvit* pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.

§. 3. In omnibus vero *speciebus*, quas *proposuimus*, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum *inferendi*, prius ipso de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando.

§. 4. Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquatur, tunc *is*, in quem cautio exposita est, *compellatur* debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse

specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Daß die Gründe, aus welchen man dieses Fragment dem Tribonian zueignen will, nicht hinreichend sind, solches dem Paulus abzusprechen, haben schon andere [58]) gezeigt. Die in dem Fragment angeführten Fälle musten ja allerdings so genau von einander unterschieden werden, weil jeder derselben eine verschiedene Entscheidung erfordert, und dieß ist auch in einer so zweckmäßigen Kürze geschehen, daß Paulus in seiner Schreibart hier nicht zu verkennen ist. Prolixitatem stili accusant, sagt daher van Bynkershök [59]) ganz richtig, sed de variis, quae ibi tractantur, speciebus nemo dixerit brevius, quam dixit *Paulus*. Eben so verweißt man die oben ausgehobenen Ausdrücke zur suspecta Latinitas mit Unrecht. Nicht nur Cicero [60]) verbindet die Ausdrücke valde studiosus ac diligens mit einander, sondern auch Plinius [61]) setzt studiosus und desidiosus einander entgegen; und warum sollte man denn nicht

58) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad h. L. nostr. pag. 772 — 776. *Just.* MEIER Εὐδόξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap. 8. (adj. *Colleg. Argentorat.* T. III. pag. 1039. sqq.) und *Aug. Frid.* MÜLLER *a* BERNECK Exercitat. iur. civ. de probatione indebiti ad L. XXV. D. de probat. *Lipsiae* 1772.

59) Observation. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 25. §. 12.

60) *Academicor.* Lib. IV. cap. 31.

61) *Lib. III. Epist.* 5. *in fin.*

auch denjenigen, qui studet conservandae rei suae familiari, einen diligens et studiosus paterfamilias nennen können, mag auch den Griechen immerhin der Ausdruck σπουδαῖος angehören? Das Wort ostendere aber, für beweisen genommen, ist sowohl in den Pandecten [62]) als bey den Classikern [63]) so gewöhnlich, daß man ja alle diese Stellen für verfälscht halten müßte, wenn man an der Aechtheit dieses Worts zweifeln wollte. Gesetzt weiter, man wollte auch der florentinischen Leseart bey den Worten *desidia* deditus den Vorzug geben, so haben ja schon Bynkershök [64]) und van Bynhov [65]) Beyspiele genug aufgestellt, wo der Ablativ statt des Dativs gebraucht worden ist, ja Perizonius [66]) hat sogar erwiesen, daß ehemals der Ablativ mit dem Dativ in allen Declinationen Eins gewesen sey. Auch das Wort *Visio*, welches hier soviel als species heißt, ist den Classikern nicht fremd. Es scheint von den Philosophen entlehnt zu seyn, welche die Vorstellung, die man sich in seiner Seele von einer Sache macht, visio nannten [67]). Besonders brauchten die Alten das Wort videre beym Disputiren, z. B. videbimus, an etc. wie Heineccius zu Briss

62) Eine Menge Stellen führt BRISSONIUS de Verbor. iur. Significat. voc. *Ostendere* nr. 2. an.

63) S. *Faber*, *Gesner*, *Scheller*.

64) Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. ult. §. Utilem. pag. 298. edit. *Heinecc.*

65) Observat. iur. civ. Cap. XV. pag. 72. sq.

66) Ad *Sanctii* Minervam Lib. I. cap. 6.

67) Z. B. Visio veri falsique bey CICERO *Academicor.* IV. 2. Concipere visiones. QUINCTIL. VI. 2. VIII. 3. XII. 10.

son[68]) aus mehreren Stellen der Alten erwiesen hat. Kein Wunder, daß die römischen Juristen die besondern Fälle und Rechtsfragen, welche sie erörterten, *visiones* nannten, in welcher Bedeutung besonders Ulpian[69]) dieses Wort häufig gebraucht hat. Justinian gebraucht zwar auch das Wort visiones in seiner *Const.* 2. §. 14. *Cod. de vet. iure enucl.* und erklärt nachher in seiner griechischen Constitution Δεδωκεν, *L.* 3. §. 13. *Cod. eodem*, dieses Wort durch Θεωρίας; allein wer will deswegen behaupten, daß dieses Wort dem Tribonian zuzueignen sey? Ungewöhnlicher ist nun freylich das in unserm Fragment einmal vorkommende Wort *iuramentum*; dennoch läßt sich nicht behaupten, daß es suspectae latinitatis sey[70]). Denn auch Ulpian gebraucht dieses Wort in einer Stelle der Pandecten, deren Leseart keinem Zweifel unterworfen ist. Es ist die *L.* 34. §. 5. *D. de iureiurando.* wo es heißt: Si de qualitate *iuramenti* fuerit inter partes dubitatum, conceptio eius in arbitrio iudicantis est. Man pflegt zwar auch Stellen aus Classikern[71]) zu citiren, allein diese können hier darum

68) De Verb. iur. Signif. v. *Visio*. S. auch *Jo.* Wybo Tribonianus ab emblemat. Wissenbachii liberat. Cap. II. §. 4.

69) S. die Note 46. und den 13. Th. dieses Commentars §. 833. Not. 50.

70) S. *Ge. Casp.* Kirchmaier Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. D. Justin. collect. a *Ge. Sam.* Madihn. *Halae* 1772. 8. Nr. III. pag. 116.

71) Seneca *de Clementia*. Lib. II. cap. 1. nr. 3. wo aber, statt *iuramentum faciant*, Gronov und Ruhkopf iurarent lesen. Ferner Ammian Marcellinus lib. XXI. c. 5. wo das Wort *iuramentum* mit iusiurandum abwechselt.

nicht füglich zum Beweise gebraucht werden, weil die Leseart nicht übereinstimmend ist. Ueberhaupt aber ist es noch die Frage, ob nicht die Worte unsers Fragments: *ut iudex iuramenti fidem secutus ita sententiam possit formare*, für ein Glossem irgend eines spätern Interpreten zu halten sind? Denn in den Basiliken [72]) finden sich diese Worte nicht, welche den Sinn des Paulus in ihrer Sprache so ausdrücken: ἐν πᾶσι δὲ τούτοις ἐφεῖται ὅρκον ἐπάγειν, καὶ ὁ τῆς συκοφαντίας δίδοται, καὶ ἀντεπιφέρειν. i. e. *In his autem omnibus licet iusiurandum deferre, iureiurando de calumnia praestito, et referre.* Auch der griechische Scholiast, Theodorus Hermopolites, der unser Fragment so ausführlich und genau paraphrasirt hat, ohne das Geringste wegzulassen, kennt jene Worte nicht [73]). Er paraphrasirt nämlich den §. 3. unsers Fragments folgendermassen: Ἐπὶ πάντων τῶν δὲ εἰρημένων θεμάτων οὐ πάντως ὁ ἄκτωρ, ἀλλὰ καθόλου βαρυνόμενος ταῖς ἀποδείξεσιν ἔχει δίκαιον ὅρκου ἐπιφορᾶς, καὶ δύναται ὅρκον ἐπάγειν τῷ διαδίκῳ, πρότερον αὐτὸς τὸν περὶ καλουμνίας ὅρκον ἐκδιδούς. τοῦ δικαίου μέν τοι τῆς ἀντεπιφορᾶς τῷ διαδίκω φυλαττομένου. i. e. *In omnibus autem supradictis casibus non utique actori, sed omnino ei, cui onus probationis incumbit, licet iusiurandum inferre: et potest iusiurandum adversario deferre: ita tamen ut ipse prius de calumnia iuret, iure referendi iurisiurandi ei servando.* Eben so wenig findet man auch jene Worte in den Scholien des

72) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5.

73) *Schol. Basilicor.* ad h. Tit. not. q. pag. 41. in fin.

Cyrillus[74]). Dieser sagt: πᾶς δὲ βαρούμενος ἀποδεῖξεσι, δύναται ἐπάγειν ὅρκον, διδοὺς τὸν περὶ καλουμνίας, ὑποκείμενος ἀντεπιφορᾷ. i. e. *Is autem, cui probationis onus incumbit, iusiurandum inferre potest dato de calumnia iureiurando, ita ut iusiurandum ei referri possit.* Genau betrachtet, bemerkt man auch recht deutlich, daß die oben angeführten Worte, auch davon abgesehen, daß sie etwas besagen, was sich ohnehin versteht, eingeschoben worden sind, und den Zusammenhang sichtbar unterbrechen. Der Anstoß, den man endlich bey den Ausdrücken *indiscrete* und *confessio* hat finden wollen, welche im §. 4. vorkommen, hat vollends gar keinen Grund. Cautio, quae *indiscrete* loquitur, ist hier eine solche, quae ita concepta est, ut ex ipsa cautione causa debendi discerni nequeat. Ein solcher Schuldschein kann auf zweyerley Art gedacht werden. Erstens wenn gar keine causa debendi ausgedruckt worden ist; und zweytens wenn der Schuldschein zwar eine causa debendi enthält, aber nur eine allgemeine, z. E. der Aussteller bekennt, die in dem Schuldschein ausgedruckte Summe aus einem Contract schuldig zu seyn, ohne den Contract selbst zu benennen. Beyde Fälle begreift das Wort ἀσαφὲς unter sich, welches in den Basiliken[75]) gebraucht wird, und soviel als undeutlich, dunkel, und unbestimmt heißt. Die Wirkung ist übrigens in dem einem Falle, wie in dem andern, die nämliche[76]).

74) S. *Basilica* Tom. III. pag. 42.

75) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. T. III. pag. 5. in fin.

76) S. *Ge.* ENGELBRECHT Diss. de instrumentis indiscretis. *Helmst.* 1707. §. 8.

Hier fragt sich's nur, ob der Ausdruck *indiscrete* ächt Paullinisch oder Tribonianisch sey? Es ist gar kein hinreichender Grund vorhanden, das leztere anzunehmen. Denn das Wort *indiscrete* gebrauchen ja die Classiker [77]), und kommt auch in einer Verordnung des Kaisers Alexander vor [78]), unter welchem Paulus lebte. Cicero [79]) selbst braucht das Wort *discrete* in dem Sinn, daß es soviel als ordentlich, bestimmt, und mit der gehörigen Unterscheidung heißt; warum sollte denn nun das Wort *indiscrete* in der entgegengesetzten Bedeutung nicht ächt lateinisch seyn? Auch die Griechen brauchen *ἀδιακρίτως* in diesem Sinne. Das Wort *confessio*, man nehme es nun für cautio, Schuldschein, oder in der Bedeutung für Bekenntniß, ist vollends Ciceronianisch [80]).

Soviel hiernächst Jensens Hypothese betrifft, so bedarf sie keiner weitern Widerlegung, da sie schon längst von Andern ausführlich geprüft und widerlegt worden ist [81]). Gräcismen sind ja in den Fragmenten der Römischen Rechts-

77) PLINIUS *Hist. Nat.* Lib. XI. cap. 37. SPARTIANUS *in Nigro.* cap. 3.

78) *L.* 5. *Cod. de Quaestion.*

79) *Invent.* Lib. I. c. 30. in fin.

80) CICERO Orat. *pro Sextio* prope fin. *ad Divers.* Lib. I. Epist. 17. Orat. *pro Cluentio* c. 53. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 16. §. Nunc videamus.

81) S. Bach's unparth. Critik über jurist. Schriften 1. Band S. 165. ff. und 3. Band. S. 500. ff. Vergl. auch *Christ. Henr.* ECKARD Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 3. §. 107. et ad Eundem WALCH.

gelehrten [82]) so gewöhnlich, wie in den Schriften der Classiker [83]). Jens [84]) führt sogar selbst eine Menge von Beyspielen aus den Pandecten [85]) an, wo ut nach Art der Griechen mit dem Infinitiv construirt worden ist.

So wenig nun der Styl einen hinreichenden Grund giebt, unser Fragment dem Paulus abzusprechen, eben so wenig ist in der Materie desselben ein Grund zu finden, daß hier ein anderes Recht gelehrt werde, als zur Zeit des Paulus gegolten hat, um es, als ein Emblem, dem Tribonian zuzueignen [86]). Es kann indessen wohl seyn, daß im Betreff der Frage, welche Paulus hier entscheidet, nicht alle Rechtsgelehrten einerley Meinung gewesen sind. Daher die Genauigkeit, mit welcher er hier die einzelnen Fälle unterscheidet, und die Entscheidung eines jeden einzelnen mit besondern Gründen unterstützt. Da ich die hier durchgeführten einzelnen Fälle

82) *Herm.* Cannegieter Observation. iur. Rom. Lib. I. cap. 8. pag. 50. sq. und *Ge.* D' Arnaud Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 19. pag. 132. sqq.

83) Vechner Hellenolexie. Lib. I. cap. 24.

84) Siehe die seinen Stricturis vorausgeschickte *ampliata demonstratio, Rom. iur. Pandectas hodie latine exstantes, ex graeca versione traductos esse.* Art. XI. pag. 27. sq.

85) *L. 4. D. de pact. dotal. L. 23. §. ult. D. de acquir. rer. dom. L. 6. §. 7. D. Quae in fraud. cred. L. 3. §. 4. D. iudicatum solvi. L. 8. §. 2. D. de precar. L. ult. D. ad SCtum Turpill. L. 22. D. de iure patron.* u. a. m.

86) S. *Jos. Fern. de* Retes Opuscular. Lib. VIII. Cap. 21. (in *Ger.* Meerman *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 405.)

schon an einem andern Orte [87]) ausführlicher erörtert habe, worauf ich mich der Kürze wegen beziehen will; so stelle ich hier blos das Resultat dar. Die Regel, welche Paulus in diesem Gesetz aufstellt, ist die, bey der Zurückforderung einer Nichtschuld muß der Kläger den Beweis übernehmen, daß er die bezahlte Summe nicht schuldig gewesen sey, weil er die Vermuthung gegen sich hat. Denn bey einem gewöhnlich fleißigen und achtsamen Manne, welcher in dem, was er treibt, zu Hause ist, kann man nicht leicht einen Irrthum annehmen [88]). Diese Regel leidet jedoch 1) eine Ausnahme, wenn der Beklagte sich gleich Anfangs dadurch verdächtig gemacht hatte, daß er den Empfang der als Nichtschuld zurückgeforderten Sache oder Summe läugnete. Hier braucht der Kläger weiter nichts als die Zahlung zu beweisen. Hat er diese bewiesen, so liegt nun dem Beklagten ohne allen Unterschied die Verbindlichkeit ob, zu beweisen, daß ihm eine richtige Schuld bezahlt worden sey. Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird er zur Er-

87) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. S. 112. — 119.

88) Die unrichtige Ansicht des *Jo.* Vollenhove in Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. (*Lugd. Bat.* 1732.) Cap. VI. §. 3. not. b. in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. Belgicar. iurid.* Vol. I. Tom. I. pag. 227. von den Worten *diligens* et *studiosus* hat schon Hasse in s. civilist. Abhandl. die Culpa des Röm. Rechts S. 125. Not a. nach Würden gerügt. Der griechische Scholiast der Basiliken Tom. III. pag. 41. sagt: *ἐν ᾧ ἀνὴρ ἐστὶν ἐπιμελής τε καὶ σπουδαῖος, ἀεὶ τὰ ἴδια διοικῶν.* i. e. *si sit diligens et attentus paterfamilias, semperque sua negotia gerens.*

stattung des Empfangenen verurtheilt. Denn hier wäre es widersinnig, dem Kläger die Last der Beweisführung aufzubürden, nachdem sich der Empfänger durch Läugnen verdächtig gemacht hatte. Theodor sagt in den Scholien der Basiliken [89]: Ὁ ἰνδέβιτον λαβὼν, εἰ μὲν περὶ αὐτὸ ἀρνεῖται τὴν καταβολὴν, καὶ λέγει τὴν ἀρχὴν μηδὲν εἰληφέναι τι παντελῶς, ἀποδεικνύοντος πρότερον τοῦ διαδίκου, ὅτι γέγονεν ἐπ᾽ αὐτὸν ἡ καταβολὴ, ἀπόλλυσι τὴν ἐκ τῆς προλήψεως βοήθειαν. *Qui indebitum accepit, si quidem neget ab initio se quidquam accepisse, et actor probaverit se pecuniam solvisse, reus amittit praesumtionem, quae pro illo faciebat.* Die Regel fällt 2) weg, wenn derjenige, welcher eine bezahlte Summe als Nichtschuld zurückfordert, eine, ihrem Alter, oder Geschlechte, oder Lebensart nach, der Rechte unkundige, und in den Geschäften des bürgerlichen Lebens unerfahrne, oder einfältige, oder äußerst nachläßige Person ist. Eine solche Eigenschaft des Klägers hebt jene Präsumtion auf, die sonst den Kläger bey der Zurückforderung einer Nichtschuld der Beweislast unterwirft, und wälzt diese Last auf den Beklagten, der nun darthun muß, daß die bezahlte Schuld ihre Richtigkeit habe. Denn die Vermuthung, daß sich solche Personen leicht irren können, welche der §. 1. characterisirt, ist stärker, als welche sonst für den Beklagten streitet daß er dasjenige, was er empfangen, mit Recht zu fordern gehabt habe [90]).

89) Tom. III. pag. 40. not. q.

90) S. *Hug.* DONELLUS ad h. Tit. de probat. Cap. 3. pag. 263. und *Just. Henn.* BOEHMER Disp de collisione praesumtionum. *Halae* 1702. et rec. 1741. Cap. II. §. 14.

Diese Regel mit ihren Ausnahmen findet jedoch nur Statt, wenn der Kläger die ganze bezahlte Summe als Nichtschuld zurückfordert. Denn behauptet er, er habe nur einen Theil der Summe indebite bezahlt; oder er sey zwar Anfangs schuldig gewesen, aber die Schuld sey schon getilgt, und er habe aus Vergessenheit zweymal dieselbe Summe bezahlt; oder er sey durch eine peremtorische Einrede gegen die Forderung des Gläubigers gedeckt gewesen, z. E. durch die exceptio pacti de non petendo, oder iurisiurandi praestiti, er habe aber, derselben uneingedenk, doch bezahlt; so muß der Kläger ohne Unterschied, er sey, wer er wolle, den Beweis seiner Behauptung übernehmen. Denn die Vermuthung streitet gegen ihn. Gesteht der Kläger, er sey schuldig gewesen, und will aus Irrthum zweymal bezahlt haben, so muß er ja beweisen, daß die Zahlung schon geschehen sey [91]; und eben dieser Beweis liegt ihm ob, wenn er behauptet, daß er mehr bezahlt habe, als er schuldig gewesen. Noch weniger aber ist es einigem Zweifel unterworfen, daß derjenige sich der Verbindlichkeit zur Beweisführung nicht entziehen könne, welcher anführt, daß er Einreden hätte vorschützen können, welche ihn gegen die Forderung des Gläubigers auf immer geschützt haben würden. Denn Einreden müßen ja schon nach der allgemeinen Regel immer von dem bewiesen werden, der sich derselben bedient.

91) Es erhellet hieraus, daß die Leseart: vel solvisse *debita* (statt indebita) contendunt, in dem §. 2. unsers Fragments allerdings die richtigere sey, welche auch der Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 41. bestätigt, der diese Worte in seiner Sprache auf folgende Art ausgedruckt hat: ἢ φιλονεικοῦντα χρέος καταβαλεῖν.

Den Sinn dieser Stelle haben die Basiliken [92]) auf folgende Art ausgedruckt: *ἐι μέν τοι τις μὴ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωστούμενον, ἀλλὰ μέρος, ἢ δεύτερον, ἢ παραγραφὴν ἐσχηκεναι, αὐτὸς οἷος ἂν ἔιη, δείκνυσιν ὃ φησιν.* i. e. *Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel bis idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse,* QUALISCUNQUE SIT, *quod dicit probat.* Dieß sind die hier ins Kurze zusammengestellten Grundsätze des Paulus über den Beweis einer indebite geschehenen Zahlung.

Wenn nun aber Jemand einen bloßen Schuldschein zurückfordert, und behauptet, er sey indebite ausgestellt, so kommt es darauf an, ob darin ein bestimmter Schuldgrund (causa debendi) angegeben worden ist, oder nicht (cautio indiscreta). In dem letztern Falle muß der Gläubiger beweisen, daß eine wahre Schuld vorhanden sey. Kann er diesen Beweis nicht führen, und der Aussteller desselben läugnet die Schuld, so kann letzterer aus diesem Schuldschein nicht belangt werden. Denn die Schuld könnte ja durch eine gesetzwidrige Handlung entstanden seyn [93]). Es wird also eine Nichtschuld vermuthet, bis das Gegentheil von dem Inhaber des Schuldscheins erwiesen worden ist. In dem ersten Falle hingegen beweißt der Schuldschein so lang gegen den Aussteller, bis er durch den evidentesten Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden sey. Nach Paulus soll zwar dieser Beweis durch schriftliche Urkunden geführt

92) Cit. loc. pag. 5. circa fin.

93) *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except.*

werden, allein nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian [94]) werden auch Zeugen zugelassen, wie ich schon an einem andern Orte [95]) bemerkt habe. Unrichtig aber ist es, wenn der Scholiast in den Basiliken [96]) auch hier die Eidesdelation für zuläßig halten will. Ἐγὼ οἶμαι sagt er, ὅτι ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἐξ ἀπορίας τῶν ἀποδείξεων ὅρκος δίδοται, οὕτως ὧδε ὀφείλει γίνεσθαι. *Ex mea sententia sicut in aliis ex inopia probationum iusiurandum datur, ita et hic fieri debet.* Diese Meinung muß auch keinen Beyfall gefunden haben. Denn Harmenopulus [97]) hat sich genau an Paulus Lehre gehalten. Ἐαν τις λέγη μὴ χρεωστῶν ποιῆσαι γραμματεῖον, καὶ ἔστιν ἀσαφὲς, ὁ λαβὼν ἀποδείκνυσι χρεωστούμενον· εἰ δὲ ῥητῶς τὰς αἰτίας εἴποι δι' ἃς συνέγραψε τὸ χρέος, στοιχεῖν ἀναγκάζεται· εἰ μὴ προφανῶς δι' ἐγγράφων δείξει μὴ χρεωστῶν ὁμολογῆσαι. Ganz dem Römischen Rechte gemäß verordnet auch Pabst Gregor *IX. Cap.* 14. *X. de fide instrumentor.* Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur: adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem; confessioni tuae statur: nisi probaveris, te id indebite promisisse. Es ist jedoch hier in An-

94) L. 14. *Cod. de contrah. et comm. stip.*

95) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. S. 121. f.

96) *Basilica* Tom. III. pag 43 Schol. X.

97) *Promptuar. iuris civ.* Lib. III. Tit. 5. nr. 74. pag. 249. in fin. et sq. ex edit. *Dionys. Gothofredi.*

setzung der wegen des Gegenbeweises zu gebrauchenden Beweismittel nichts vorgeschrieben [98]).

L. 26. Papinianus *Libro vicesimo Quaestionum.*

Procula [99]) magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare [100]) vellet, ex diverso autem allegaretur, numquam id a fratre quamdiu vixit [1]) desideratum. cum variis ex causis saepe (in) rationem fratris pecunias [2]) ratio [3])

98) Bey einem Schuldbekenntniß, welches über den Empfang eines Darlehns, oder einer Brautgabe ist ausgestellt worden, würde ein solcher Gegenbeweis wohl erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist, binnen welcher die exceptio non numeratae pecuniae vorgeschützt werden kann, erforderlich seyn. S. *Just.* Meieri Ευδοξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap. 8. ad h. L. §. 34—36.

99) Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier *cum* ergänzt werden müße. *Cod. Erlang.* lieset auch wirklich Procula *cum* magnae. etc. Eben so auch Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin und Baudoza. *Corn. van.* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. §. *Transeo*, hält hingegen eine solche Ergänzung nicht für nöthig, wenn man entweder das *cum*, was schon da ist, geminirt, oder Statt compensare, *cum pensare* lieset.

100) Hal. pensare.

1) Hal. und Miräus vixisset.

2) Baudoza pecuniam.

3) Für ratio will Hoffmann in Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XX. §. 3. *actor* lesen. So hieß bey

Proculae solvisset: Divus *Commodus* cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

Der griechische Scholiast in den Basiliken hat wohl nicht ganz Unrecht, wenn er seine Paraphrase mit den Worten schließt: *σημείωσαι αὐτὸ θαυμαστόν ὄν. Nota illud quod sit mirabile.* Die Procula hatte hier ein sehr ansehnliches Fideicommiß von ihrem Bruder zu fordern, mit dem sie in Rechnung stand, und auch mehrmals sich berechnet hatte. Als nach dessen Tode seine Erben auf die Bezahlung eines vielleicht noch beträchtlichen Rückstands drangen, so wollte die Procula das Fideicommiß in der Rechnung, aus welcher sie ihrem Bruder noch schuldig war, in Abrechnung bringen. Allein die Erben nahmen die Compensation darum nicht an, weil die Procula dieses Fideicommiß niemals bey Lebzeiten ihres Bruders verlangt habe, ohnerachtet sie ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Ansprüchen geleistet hätte. Daraus wollten denn nun die Erben beweisen, sie habe das Fideicommiß ihrem verstorbenen Bruder erlassen, und könne es daher auch jetzt von dessen Erben nicht verlangen. Der Fall kam vor den Kaiser Commodus zur

den Römern der Sklave, der zur Führung der Hausrechnung bestellt war. Dieser nahm Zahlungen für Rechnung seiner Herrschaft an, und leistete Zahlungen *L. 12. D. de lib. leg. L. 4. §. 3. D. de doli mali et met. except. L. 94. §. 1. D. de solut.* Allein ratio heißt hier Rechnungsführung, und ist für den Rechnungsführer gesetzt, so wie man im gemeinen Leben sagt, die Rentey, die Casse habe Zahlung geleistet.

Entscheidung, welcher die Compensation unter den vorkommenden Umständen darum nicht für zuläßig hielt, weil die Procula ihrem Bruder das Fideicommiß stillschweigend erlassen zu haben scheine. Die Gründe sind; 1) das Fideicommiß betraf eine bedeutende Summe. Es sey also nicht zu glauben, daß die Procula bey der gegenseitigen Abrechnung mit ihrem Bruder eine so große Summe mit Stillschweigen übergangen haben sollte, wenn sie nicht die Absicht gehabt hätte, solche zu erlassen. 2) Sie hat das Fideicommiß nie beym Leben ihres Bruders gefordert. Allein man könnte sagen, die Schwester habe vielleicht aus Schonung und Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses eben deswegen bey seinem Leben nicht verlangt, weil es sehr ansehnlich gewesen, um ihn mit Auszahlung desselben nicht zu belästigen. Es kam also noch 3) der Umstand hinzu, daß ihr Bruder selbst an sie zu fordern hatte. Hier hätte sie doch compensiren können; allein sie that es nicht. Hätte sie vielleicht das eine oder andere Mal vom Fideicommiß nichts in Abrechnung gebracht, so würde dieß noch nichts gegen sie beweisen. Denn sie konnte vielleicht eine Gelegenheit haben abwarten wollen, wo die Abrechnung ihrem Bruder weniger beschwerlich fallen würde. Aber sie hat 4) bey keiner Gelegenheit das Fideicommiß erwähnt, ohnerachtet sie sich mehrere Male mit ihrem Bruder berechnet, und ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Contracten geleistet hatte. Diese Merkmale zusammengenommen schienen dem Kaiser die Vermuthung des Erlasses zu begründen. Aber es ist nicht aus der Acht zu lassen, daß es die Schwester war, welche mit ihrem Bruder in Abrechnung stand, und nicht compensirte. Ein solches Verhältniß der Schonung und Liebe, wie hier zwischen den Geschwistern, findet nicht

unter fremden Personen Statt, daß man mit Wahrscheinlichkeit die Absicht eines Schulderlasses annehmen könnte, wenn auch alle übrigen Gründe zusammentreffen sollten, wie auch Doneau[4]) sehr richtig bemerkt hat. Ja es wäre noch immer die Frage, ob nicht selbst jenes schwesterliche Verhältniß eine Gegenvermuthung begründen könnte, welche allen jenen Gründen das Gleichgewicht hielte, nämlich daß die Schwester zwar vielleicht aus Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses bey seinem Leben nicht verlangt, aber nun von dessen Erben fordere, gegen die sie nicht gleiche Zärtlichkeit fühlte. Dieser Grund der Gegenvermuthung, daß sie blos beym Leben ihres Bruders aus Schonung geschwiegen habe, wird sogar dadurch noch wahrscheinlicher, weil das Fideicommiß, wie Papinian sagt, sehr ansehnlich war, und nicht zu vermuthen ist, daß so eine große Summe durch bloßes Uebergehen mit Stillschweigen geschenkt worden sey. Mit Recht macht uns daher Cujaz[5]) darauf aufmerksam, es sey hier von keinem Beweise, sondern von einer Vermuthung die Rede, welche, wie jede andere Vermuthung, einen Gegenbeweis zulasse. Nam verbum *quasi* aut *videri*, sagt er, hoc titulo praesumtionem significat. Und ganz richtig bemerkt der griechische Scholiast in den Basiliken[6]), Nicäus: καὶ λοιπὸν ἔνθα πρόσκειται,

4) *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. h. de probat. Cap. 5. pag. 270. sq. Man sehe auch *Hub.* GIPHANII Lecturae altorphinae ad Tit. Dig. de donat. ad L. 31. h. tit. nr. 36. et 37. pag. 158.

5) Commentar. in libr. XX. Quaestionum Papiniani ad h. L. 26. de probat. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 597.

6) Tom. III. Basilικῶν pag. 46.

τὸ δοκεῖν, εἰ ζητεῖ δεῖξαι ὁ προλήψει λεγούμενος δωρήσασθαι, ὡς οὐ δωρούμενος παρεσιώπησεν τὸ οἰκεῖον χρέος, καὶ οὐ διὰ συγχώρησιν τοῦ οἰκείου χρέους παραδεχθήσεται. i. e. *Proinde cum additur.* VIDERI, *si is, qui praesumtione donasse dicitur, probare desideret, non donandi animo reticuisse debitum suum, neque ut illud remitteret, admittetur.* Mit Recht verwirft dagegen **Ulrich Huber** [7]) hier die Auctorität der **Basiliken** [8]), welche mit Hinweglassung der in unserm Fragment angegebenen besondern Umstände, diese Stelle ganz verstümmelt, und auf solche Art dargestellt haben, als ob sie ganz allgemein zu verstehen, und auf alle andern Personen anwendbar wäre. Sie haben nämlich unser Fragment auf folgende Art in ihre Sprache aufgenommen. Ἐὰν χρεωστούμενος παράσου ληγάτον, καὶ διαφόρως ἀντιχρεωστήσας σοι καταβάλω μὴ ἀντελλογισάμενος, κατὰ χάριν αὐτὸ δοκῶ συγχωρεῖν. id est: *Si creditor tuus legati nomine factus ego, et tuus legati vicissim ex variis causis debitor factus, nulla usus compensatione solvero, in tui gratiam illud remisisse videor.* Und wenn gleich der griechische Scholiast den Fall selbst aus dem lateinischen Text vollständig darstellt, so ist doch der Satz ganz unrichtig, den er daraus ableitet, wenn er sagt [9]): ὥστε σημείωσαι, ὅτι κἂν δανειστὴς καταβάλῃ τῷ ἰδίῳ χρεώστῃ τὸ χρέος, ὅπερ αὐτῷ ἐχρεώστει, δοκεῖ συγχωρεῖν αὐτῷ τὸ χρεωστούμενον αὐτῷ παρ' αὐτοῦ. i. e. *Itaque nota, si*

7) Eunomia Rom. Lib. XXII. Pand. h. t. ad L. nostr. 26. de probat. §. 3. pag. 778.

8) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 26. pag. 6.

9) *Basilica* Tom. III, pag. 45. not. z.

creditor debitori suo id, quod ipse vicissim ei debebat, solverit, videtur remisisse hoc ipsum, quod illi ab isto debebatur. Wohl zu beherzigen, ist daher die Warnung, welche Huber hinzufügt: Tu vero σημείωσαι, quam non sit tutum Graecis ipsisque Basilicis *indiscretam* habere fidem [10]).

L. 27. SCAEVOLA *Libro trigesimo tertio Digestorum.*

Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat [11]), legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est. *Titio centum do lego, quae mihi pertulit* [12]). *quae ideo ei non cavi* [13]), *quod omnem fortunam* [14]) *et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui* [15]) *sine ulla cautione. Item eidem Titio reddi*

10) Man vergleiche noch, was schon an einem andern Orte, im 15. Th. dieses Commentars §. 935. über die *L.* 26. *D. h. t.* gesagt worden ist.

11) *Cod. Frl.* poterat. Eben so Haloander, Chevallon, Merlin und Baudoza.

12) *Pertulit* i. e. quae apud me esse sivit, nec a me repetiit. BUDAEUS Annotatt. prior. et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b.

13) *Cod. Erl.* quae ideo non cavi ei.

14) Haloand. und Miräus omnes fortunas.

15) *In sinu meo habui* id est, in occulto et in potestate mea habui; BUDAEUS Annotat. cit. pag. 197. oder tacite custodivi et fovi. *Scip.* GENTILIS Parergor.

et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum eius, quorum ipse fructum[16]) *percepi, et distraxi: item de calendario*[17]) *si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* quaero, an Titius ea exigere potest. respondit[18]), si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem[19]) pervenisse probare potuerit, exigi[20]). videtur[21]) enim eo[22]) quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec[23]) in testamento adiecisse[24]).

ad Pand. Lib. I. cap. 23. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1296. sq.) Die alten pflegten ihre Kostbarkeiten in ihrem Busen zu verbergen, und mit sich herumzutragen. *L. 6. D. de bonis damnotor.* und SENECA *Lib. XXI. Epist.* 120. Daher sagt man metaphorisch in sinu suo habere, etwas in seiner Gewahrsam verbergen. Der griechische Scholiast Tom. III. *Basilicorum* pag. 47. not. a. sagt: ἐις τὰς ἐμὰς ἐπίστευσε χεῖρας, i. e. *in manus meas credidit.*

16) Chevallon fructus.

17) *Cod. Erl.* ex Kalendario. Was *Calendarium* heißt, ist schon bey einer andern Gelegenheit im 9. Th. §. 632. S. 178. erklärt worden.

18) Hal. respondi. Eben so Baudoza.

19) *Cod. Erl.* an testatorem suum.

20) *Exigi*, id est, exigi posse oder cum effectu s. recte exigi. S. PÜTTMANN Opuscula iurid. ex Observationib. miscellan. Batav. coll. (*Halae* 1782.) p. 154.

21) Haloand. videri. Eben so Baudoza.

22) *Cod. Erl.* ex eo. Eben so Chevallon.

23) Hal. hoc.

24) *Cod. Erl.* adjecisse in testamento.

Scävola redet hier von einem solchen Falle, wo Jemand nur bis auf eine gewisse Summe im Testament bedacht werden konnte. Zu seinen Zeiten waren dieses vorzüglich Eheleute, welche in einer kinderlosen Ehe lebten. Diese konnten einander nur den zehenten Theil ihrer Güter im Testament hinterlassen, und von dem, was ihnen in dem Testament Anderer war hinterlassen worden, konnten sie nur die Hälfte erhalten. So verordnete die Lex Iulia et Papia Poppaea[25]), und es ist wohl viel wahrscheinlicher mit Gerhard Noodt[26]) und Ramos Del Manzano[27]) anzunehmen, Scävola habe dieses Gesetz im Sinne gehabt, als wenn man ihn mit Em. Merille[28]) von der Lex Cincia verstehen wollte. Ulpian läßt fast keinen Zweifel übrig, wenn er in einer Stelle, welche aus dessen *Libro VIII. ad Legem Iuliam et Papiam* genommen ist, sagt[29]): Quod condicionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, *cui certum modum ad ca-*

25) Ulpian. Tit. XV. et XVI. in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 45. et 46. Sozomenus *Histor. Eccles.* Lib. I. cap. 9. S. *Guid.* Panicirolus Thesaur. variar. Lection (*Lugd.* 1617.) Lib. II. cap. 230. und *Io. Gottl.* Heineccius Commentar. ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 14. und cap. 21. §. 3.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. Tertia. Tom. II. *Oper.* pag. 477.

27) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 34. (in *Ger.* Meerman. *novo. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 504.)

28) Observation. Lib. VIII. cap. 21.

29) *L. 36. D. de mortis causa donation.*

piendum Lex *concessit*. Die lex Cincia galt zwar allerdings noch zu Scävola's Zeiten [30]; denn noch lange nach ihm schrieb ja Paulus seinen liber singularis ad legem Cinciam [31]. Allein dieses Gesetz ging die Person des Donatars gar nichts an, sondern betraf blos die Form; es sollten nämlich Schenkungen über eine gewiße Summe hinaus nur durch Mancipation, in iure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen können [32]. Die lex Iulia und Papia hingegen schloß gewisse Personen von Erbschaften ganz aus, welchen man auch nichts vermachen noch von Todeswegen schenken konnte. Dieß waren die caelibes, welche nur von Verwandten erben konnten [33]. Andere konnten der Ehe wegen nicht das Ganze erhalten, was ihnen in Testamenten Anderer hinterlassen worden. Dieß waren kinderlose Ehegatten, (orbi) bey welchen aber auch die Verwandschaft bis zum sechsten Grade eine Ausnahme machte [34]. Diese wurden also 1) darin milder behandelt, als die Ehelosen, daß ein gewisses Alter vorgeschrieben war, nach welchem erst die Folge der Orbität eintreten sollte, nämlich wenn der Ehemann das 25ste, die Frau aber das 20ste Jahr

30) S. *Frid.* Brummer Comment. ad Legem Cinciam Cap. XII. nr. 14. in *Opusc.* pag. 191.

31) Daraus ist *L.* 29. *D. de Legib.* genommen, wie die Inscription beweist.

32) S. von Savigny über die lex Cincia, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 4. Band. S. 17. ff.

33) S. Pancirolus c. l. pag. 405. und Heineccius c. l. Lib. II. cap. 21. §. 2. pag. 340. sqq.

34) Heineccius c. l. §. 3. pag. 343. sqq.

bereits überschritten hatte; und dann konnten sie 2) doch wenigstens die Hälfte von dem erhalten, was ihnen in Anderer Testamenten war hinterlassen worden, ob sie gleich einander mehr nicht als den zehnten Theil auf den Todes-Fall zuwenden konnten [35]). Was solchen Personen darüber hinaus war hinterlassen worden, nahm der Fiscus weg [36]). Es gab indessen zwey Wege, dieser Confiscation auszuweichen. Erstens, wenn die Formel war gebraucht worden: *Quantum plurimum per Legem accipere potest, dari volo*, oder *Quam maximam partem possum, damnas esto heres meus ei dare* [37]). Zweytens, wenn der orbus das, was ihm hinterlassen worden, einem Andern wieder abtreten sollte [38]). Da

35) Ulpian *Fragm.* Tit. XVI. welcher jedoch mehrere Ausnahmen anführt. Der decima gedenkt auch unser Scävola selbst *L.* 18 *pr. D. de auro, arg. mundo leg.* Daß aber die Frau noch mehr, als die decima in dem Falle erhalten konnte, von welchem Scävola daselbst spricht, hatte unstreitig in einer von diesen Ausnahmen seinen Grund. S. *Marc. Vertran.* Maurus de iure liberorum. Cap. IV. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 979.)

36) Ulpian. Fragm. Tit. XVII.

37) *L.* 51. *pr. D. de legat. II.* S. Heineccius cit. Comment. Lib. II. cap. 21. §. 3. pag. 344.

38) *L.* 42. *D. de legat. II.* Javolenus *libro XI. Epistolarum:* Cum ei, *qui partem capiebat*, *legatum* esset, ut alii restitueret: placuit solidum capere posse. — *L.* 28. *D. de legat. III.* Paulus *libro sing. ad SCtum Tertull.* Si fidei meae committatur ut quod mihi relictum fuerit *supra quod capere possum*, alii restituam: posse me id capere constat. Heineccius c. l. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 262.

der Kaiser Constantin der Große das dem Cälibate und der Orbität so gehäßige Gesetz gänzlich aufgehoben hat [39]; so fällt zwar jetzt alle Beziehung unsers Fragments auf die Lex Iulia et Papia weg. Es verliert indessen seine Anwendbarkeit nicht, wenn irgend noch ein neueres Gesetz die Erbfähigkeit einer Person nur auf einen gewissen Theil oder Summe beschränken sollte. Cu-

39) *L.* 1. *Cod. Theod. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis* (VIII. 16.) in Hugo *iur. civ. antejust.* Tom. I. pag. 623. sq.) Gleichen Inhalts ist zwar die *L.* 1. *Cod. Iust. de infirmand. poenis caelibatus, orbitatis, et de decimariis sublatis*; allein verschieden ist die Inscription und Subscription. Die Verordnung im Theodosianischen Codex hat die Inscription: *Imp. Constantinus A. ad populum*, und ist datirt: *Pridie Kal. Febr. Serdicae PP. Kal. April.* Romae *Constantino A. VI. et Constantio Conss.* [320.] die Constitution im Justinian. Codex hat die Inscription *Imppp. Constantinus, Constantius et Constans AAA. ad populum*, und folgende Subscription: *Dat. Kal. April. Romae Constantio* 2. *et Constante AA. Coss.* also im Jahr Christi 339. Daß Kr. Constantin der Große der Urheber jener Constitution im Theodosianischen Codex sey, lassen die Zeugnisse eines Eusebius *in vita Constantini M.* Lib. IV. cap. 26. und Sozomenus *in Hist. Eccles.* Lib. I. cap. 9. nicht bezweifeln. Es ist aber auch nicht zu glauben, daß Tribonian die Inscription und Subscription der Constitution verfälscht haben sollte. Wahrscheinlich ist es daher, was Heineccius in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Lib. II. cap. 21. §. 4. pag. 345. behauptet, daß Constantins Söhne das Gesetz erneuert haben.

jaz [40]) führt das Beyspiel von einem natürlichen Kinde an. Hodie autem, sagt er, *filius naturalis* non potest solidum capere ex testamento patris, sed tantum unciam, si scilicet extant legitimi liberi. Eben dieses Beyspiels bediente sich auch schon vor ihm der griechische Scholiast [41]). *Τελευτῶν τις κατέλιπε φανερὰν χρυσίου ποσότητά τινι, ἧς ὑπὲρ τὸ μέτρον λαβεῖν οὐκ ἠδύνατο. θὲς γὰρ αὐτὸν ὄντα νόθον υἱὸν τοῦ τεστατωρος.* i. e. *Quidam decedens certam auri quantitatem cuidam reliquerat, supra quam capere non poterat: finge eum testatoris filium naturalem esse.*

Scävola trägt nun folgenden Fall vor. Es hatte Jemand ein Testament gemacht, und darin einer Person, der er nicht sein ganzes Vermögen hinterlassen konnte, soviel vermacht, als das Gesetz ihr zu vermachen erlaubte. Dieß nennt hier Scävola *legare licitam quantitatem;* und den Legatar selbst bezeichnet er so: *qui usque ad certum modum capere potuerat.* Das Wort *capere* druckt aber nicht nur jede Art der Erwerbung auf den Todesfall aus [42]), sondern schließt auch den Effect in sich, daß der Empfänger dasjenige, was ihm auf den Todes-Fall ist zugewendet worden, behalten solle. Soll er es wieder an einen Andern restituiren, so heißt das nicht

40) Recitation. solemn. ad diversos Titulos Pandectar. in Comm. ad L. 27. D. h. t. (*Oper. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 922. sqq.)

41) *Basilica* Tom. III. pag. 47. Schol. a.

42) S. Brissonius de Verbor. iuris Signif. voc. capere und Heineccius in Comm. cit. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 261. sq.

capere, sondern *accipere*, wie uns **Ulpian**[43]) lehrt, und dann unterlag auch ein solches Legat nicht mehr dem gesetzlichen Verbote, es mochte so beträchtlich seyn, als es wollte[44]). Was außer der erlaubten Summe einer solchen Person als eine ihr gebührende Schuld war vermacht worden, z. B. als ein Depositum, Anlehn, oder verdienter Lohn, kam gleichfalls nicht in Berechnung[45]).

In dem Falle, den **Scävola** erzählt, hatte nun der Testator noch Folgendes beygefügt; dem **Titius** vermache ich auch diejenigen 100. die er mir anvertrauet hat[46]) und worüber ich ihm darum keinen besondern Schuldschein ausgestellt habe, weil ich sein ganzes mütterliches Vermögen zu verwahren, und zwar solches ohne alle Sicherheitsleistung bey mir gehabt habe. Ferner will ich auch, daß demselben **Titius** aus meinem Vermögen wiedergegeben und bezahlt werden sollen, diejenigen 150. welche ich aus dem Er-

43) *L. 71. princ. D. de Verb. Signif.* Aliud est CAPERE, aliud ACCIPERE. *Capere* cum effectu accipitur: *accipere*, etsi quis non accepit, ut habeat ideoque non videtur quis *capere*, quod erit restituturus: sicut *pervenisse* proprie illud dicitur, quod est remansurum.

44) Man sehe die in der Not. 38. citirten Gesetzstellen.

45) *L. 37. §. 6. D. de legat. III.* HEINECCIUS in Comm. cit. pag. 262. und **Westphal's** Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 42.

46) Der **Scholiast** der **Basiliken** Tom. III. pag. 47. erklärt die Worte: *quae mihi pertulit* so: *ἅ τινά μοι δέδωκε, καὶ ἐπίστευσεν.* i. e. *quos mihi dedit, fideique meae commisit.*

trage seiner Grundstücke, von denen ich die Früchte gezogen und veräußert habe, desgleichen von den Kapitalien, welche dem Titius von seiner Mutter zugekommen waren, in meinen Nutzen verwendet habe.

Es entstand nun die Frage, ob Titius das alles, was ihm, ausser der licita quantitas, war vermacht worden, fordern könne? Hat die Schuld, zu welcher sich hier der Testator bekannt hat, ihre Richtigkeit; so ist wohl das Forderungsrecht des Titius keinem Zweifel unterworfen. Allein das bloße Bekenntniß des Testators beweist die Richtigkeit der Schuld noch nicht, sondern Titius muß auf andere Art beweisen, daß der Testator wirklich das alles aus seinem Vermögen gezogen und erhalten habe, was er in seinem Testament angegeben hat. Das bloße Bekenntniß des Testators beweist hier darum nichts, weil man vermuthet, es werde zur Hintergehung des Gesetzes geschehen seyn, um dem Legatar auf solche Art mehr zuzuwenden, als ihm vermacht werden durfte[47]). Einen ähnlichen Fall hat unser Scävola *libro XVIII. Digestorum*[48]) angeführt. Titia, sagt er daselbst, honestissima femina, cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: *Τιτία διεθέμην, καὶ βούλομαι δοθῆναι Καλλιμάχῳ μισθοῦ χάριν δηνάρια μύρια.* (*Titia constitui darique volo Callimacho mercedis loco decem millia denarium.*) Quaero an haec pecunia ex causa mer-

47) S. *Franc.* DUARENUS ad h. Tit. Cap. 3. *Operum.* pag. 937.

48) *L.* 37. §. 6. *D. de legat. III.*

cedis ab heredibus Titiae exigi possit? Respondi, non idcirco, quod scriptum est, exigi posse in fraudem legis relictum. Es ist nur hier von einer solchen Person die Rede, welche aus eines Andern Testamente gar nichts erhalten konnte. Es war vielleicht ein caelebs. Ihm wird nun zwar die Forderung nicht abgesprochen, wenn er den ihm vermachten Lohn wirklich verdient hat. Er kann ihn nur nicht aus dem Testamente fordern, weil man das Legat unter den vorliegenden Umständen als ein solches ansieht, was in fraudem legis hinterlassen worden ist. Er muß also die Richtigkeit seiner Forderung auf andere Art beweisen.

L. 28. LABEO *Libro septimo* [49]) *Pithanon a Paulo epitomatorum.*

Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est: an aliquis meminerit id opus factum esse. *Paulus:* immo cum in arbitrio [50]) quaeritur, memoria facti operis exstet, nec ne: non hoc quaeritur, num aliquis meminerit quo die aut quo consule factum sit [51]), sed num hoc aliquo modo probari possit,

49) Haloand. Libro VIII.

50) Hal. Miräus, Chevallon, Merlin und Baudoza *ab arbitro.* Torelli bemerkt in seinen der florentinischen Ausgabe voranstehenden Adnotatis, in den Pandecten stehe in arbitrio, er habe aber die Leseart eines andern alten Manuscripts vorgezogen.

51) *Cod. Erl.* factum est. Eben so Chevallon.

quando [52]) id opus factum sit, et hoc ita [53]) quod Graeci dicere solent [54]). EN ΠΛΑΤΕΙ [55]) enim potest hoc memoria non teneri [56]), intra annum, puta, factum, cum interim, nemo sit eorum qui meminerit quibus consulibus id viderit, sed cum omnium haec est opinio, nec audisse nec vidisse cum id opus fieret: neque ex eis [57]) audisse [58]), qui [59]) vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter susum versum [60]) accidet [61]): cum memoria operis facti non exstaret [62]).

52) Hal. quam pridem.

53) Hal. und Mir. et ita hoc.

54) *Cod. Erl.* quod graece dici solet. Das Griechische selbst ist ganz unverständlich. Cheval l. et ita hoc Graeci ἐν πλάται dicere solent. Baudoza et hoc Graeci ἐν πλατει (id est latius et inobservatis iuris angustiis) dicere solent. Die verschiedenen Lesearten anderer Handschriften führt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe an.

55) *Cod. Erl.* hat enim nicht.

56) Hal. potest enim hoc memoria teneri, non intra annum puta factum. Eben so Mirdus. Allein Chevallon potest enim hoc memoria teneri, mit Hinweglassung der Negation. Eben so Baudoza.

57) Hal. ex his.

58) *Cod. Erl.* vidisse. Eben so Chevall. u. Baudoza.

59) Chevallon qui *id* vidissent.

60) *Cod. Erl.* Sursum versum. Eben so Hal. Mirdus, Baudoza und Gothofred. Sursum versus Chevallon und Merlin. Die Torellische Leseart haben hingegen Russard, Charondas, Hugo a Porta, und Gebauer. In der Pariser Ausgabe von 1576.

Dieses Fragment ist eine der schwierigsten Stellen in unserm Titel, weil die Leseart desselben sehr streitig ist. Abgesehen von den bereits in den Noten angeführten Varianten, haben Wilhelm Budäus [63]), Jacob Råvard [64]), und Joh. Gottl. Heineccius [65]) mancherley Verbesserungen versucht. Letzterer gerieth deshalb in Streit mit Pagenstecher, welchen die zwischen beyden gewechselten epistolae amoebaeae enthalten. Das Fragment selbst bezieht sich auf die actio aquae pluviae arcendae, wie Cujaz [66]) und auch schon vor ihm Azo bemerkt hat. Es wird auch dasselbe in dem Titel der Pandecten, welcher von dieser Klage handelt, nochmals angeführt, wo jedoch das alles dem Labeo zugeschrieben wird, was in unserer Stelle als Note des Paulus zu Labeo so genau unterschieden worden ist, und zwar ist dieses in einer selbst aus des Paulus *Libro XLIX. ad*

apud. Sebast. Nivellium wird sogar der Leseart suum verum wegen *L. 9. D. de divort.* und *L. 10. §. 9. et 12. D. de gradib.* der Vorzug gegeben.

61) *Cod. Erl.* accidit tunc. Hal. und Mir. accideret. Chevall. Merlin und Baudoza acciderit.

62) Hal. tum memoria facti operis non exstaret. Chevallon Merl. und Baud. tum memoriam operis facti non extare.

63) Annotation. priores et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b. in fin.

64) Varior. s. de iuris ambiguitatib. Lib. I. cap. 14. (*Oper. Lugd.* 1623. *editor.* pag. 457. sq.)

65) Opuscul minor. (*Amstelod.* 1738. 8.) pag. 71—74.

66) Recitation. solemn. ad diversos titulos Pandectar. ad h. L. 28. (*Operum postumor.* a *Fabroto* editor. Tomi IV. P. I. pag. 923.)

Edictum genommenen Stelle geschehen. Die Stelle ist *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae*, welche folgendermassen lautet: Idem *Labeo* ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum: hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse est, superesse, qui meminerint, verumetiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. Man hat nicht Ursach sich darüber zu verwundern, da es beym Paulus gar nicht ungewöhnlich ist, dem Labeo selbst die Meinung in seinen Commentaren über das Edict zuzueignen, welche er in seinen Noten zu den von ihm epitomirten libris Pithanon berichtiget hätte [67]). Es ist überhaupt nichts Seltenes, daß die Noten der Rechtsgelehrten, welche über die Schriften Anderer commentirt haben, in den Gesetzen der Pandecten mit dem Text verwechselt werden, wovon Anton Augustin [68]) und Everh. Otto [69]) mehrere Beyspiele gesammelt haben.

Ehe ich jedoch zur Erklärung des Gesetzes selbst schreite, wird es nicht ohne Nutzen seyn, die Erklärungen der Griechen vorausgehen zu lassen, welche von den Auslegern hier noch gar nicht benutzt worden sind. Er-

67) Ein merkwürdiges Beyspiel führt *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali. Cap. 2. in fin. (*Oper.* Tom. I. pag. 355.) aus *L. ult. D. Si servit. vindicet.* verglichen mit *L.* 10. *D. de Servitut. praedior. rusticor.* an.

68) Emendation. et Opinion. Lib. I. cap. 6.

69) Papinianus. Cap. XIII. §. 6. pag. 452.

stens die *Basilica* [70]) selbst liefern uns von unserm Fragment nur folgenden Auszug.

Λα β. Ὅτε περὶ καινοτομίας κτίσματος, ἢ ὅρων γίνεται ζήτησις, οὐκ ἀπαιτοῦμεν τοὺς περιόντας εἰδέναι πάντως ἐπὶ ποίων ὑπάτων ἢ πότε γέγονεν, ἀλλ' εἰ ἀκηκόασι παρὰ τῶν ἐκ θέας ἐπισταμένων, ἢ ἀκουσάντων πότε τὸ ἔργον ἐγένετο. i. e. *Cum de novi operis nunciatione, vel de finibus controversia est, non exigimus, ut qui supersunt omnimodo sciant, quibus Consulibus, vel quando id factum sit, sed an ex eis audierint, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret.*

Wichtiger noch ist das *Scholium* [71]) zu diesem Gesetz, wo, wie in unserm Text, die Meinung des Labeo und Paulus genau unterschieden wird. Es lautet folgendermassen.

Λέγει ὁ Λαβεών· ἐὰν ὁ δικαστὴς ζητῇ τοῦ ἔργου γενομένου τὴν μνήμην, τοίχου, τυχὸν, ἢ ἑτέρου τοιούτου, ὀφείλει τούτων πυνθάνεσθαι πρὸς ἀπόδειξιν, οἵ τινες μέμνηνται ὅτε τὸ ἔργον γεγένηται. Ταῦτα μὲν οὖν ὁ Λαβεών. Ὁ δὲ Παῦλος νοτεύων αὐτὸν οὕτω φησίν. ἡνίκα ζητεῖ δικαστὴς, πότερον δείκνυται ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου, ἢ τοὐναντίον, οὐ τοῦτο ὀφείλει πολυπραγμονεῖν, εἰ ἄρά τις μνημονεύηται ἐν ποίᾳ ἡμέρᾳ, ἢ ἐν ποίῳ ὑπάτῳ γεγένηται τὸ ἔργον, ἀλλ' εἰ δυνατόν ἐστιν οἱῳδήποτε τρόπῳ δειχθῆναι τοῦτο, καὶ μὴ μόνον πυνθάνεσθαι τῶν ἑωρακότων, ἀλλ' εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτόν. εἰ καὶ

70) Tom. III. Lib. XXII Tit. 1. Const 28. pag. 6.

71) S. *Scholia Basilicor.* Tom. III. pag. 47. lit. b.

ἔστιν ὅτε συμβαίνει πολλάκις καὶ εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτὸν τὸν δικαστὴν, καὶ ὅμως τὴν μνήμην, ἤτοι τὸν χρόνον μὴ καταλαμβάνειν τοῦ ἔργου, περὶ οὗ ἡ ζήτησις γυμνάζεται παρ᾽ αὐτοῦ. ὑπόθου γὰρ ἐντὸς ἐνιαυτοῦ γεγενῆσθαι τὸ ἔργον, ὅτε μηδείς ἐστι τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον γινόμενον, ἀλλ᾽ ὅτε τῆς αὐτῆς ἐχούσης δόξης τε καὶ ὑπονοίας, καὶ οὐθείς ἐστιν ἀκηκοὼς ἢ θεασάμενος πότε τὸ ἔργον γεγένηται, οὔτε μὴν ὁ περ᾽ ἑτέρου τινὸς ἀκηκοὼς, θέᾳ τυχὸν, ἢ καὶ ἀκοῇ παραλαβόντος τὸ ἔργον. τοῦτο δὲ συμβαίνει πολλάκις κἂν εἰς ἀπέραντον ἀνάγῃ τις ἑαυτὸν, ὅτε χρόνος ἤτοι ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου μὴ δείκνυται. συνελόντα τοίνυν εἰπεῖν, ἐὰν ζητῇ δικαστὴς τοῦ γενομένου ἔργου τὴν μνήμην, ὀφείλει μὴ μόνον τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον πυνθάνεσθαι, ἀλλὰ γὰρ κἀκείνων τῶν παρ᾽ ἑτέρου τινὸς θέᾳ τυχὸν ἢ ἀκοῇ παραλαβόντων τὸ ἔργον ἀκηκοότων. i. e. LABEO ait: Si iudex quaerat operis facti memoriam, parietis forte, vel alterius eiusmodi, ad probationem eos interrogare debet, qui meminerint id opus factum esse. Haec quidem LABEO. PAULUS eum notans sic ait: Cum iudex quaerit, num probari possit memoria facti operis, nec ne, non debet diligentius inquirere, num aliquis meminerit, quo die aut quo Consule opus factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, et non solum interrogare de his quae viderint, sed libere et latius exquirere: quamquam et in iudicis latiore indagatione plerumque accidit, ut memoria, sive tempus operis, de quo apud eum quaestio exercetur, non teneatur: finge enim intra annum opus factum, cum nemo est, qui viderit, cum id opus fieret: sed cum omnium haec est opinio, nec ullus est, qui audierit, aut

viderit, cum id opus fieret, nec ex iis audiverit, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret. Hoc autem plerumque accidit, et si in infinitum quis se referat, cum tempus aut memoria operis facti non probatur. Ad summam si iudex facti operis memoriam investiget, debet non solum interrogare eos, qui viderunt, cum opus fieret, sed et eos, qui ex eis audierunt, qui viderunt, aut audierunt.

Paulus berichtiget also hier eine Meinung des Labeo, welche dieser in seinen *Libris* πειθανῶν *seu pithanon* gelehrt hatte. Πειθανα bedeutet eigentlich soviel als *probabilia s. verisimilia.* Soviel sich aber aus den Fragmenten ersehen läßt, welche theils aus diesen Büchern rein, theils mit des Paulus Noten aus dessen Epitome in die Pandecten aufgenommen worden sind [72]; so stellte er darin in jeder Rechtsmaterie einige Regeln und gemeine Rechtssätze auf, wodurch der Leser in den Stand gesetzt werden sollte, in jedem vorkommenden streitigen Rechtsfalle zu beurtheilen, was in Ansehung desselben der Wahrscheinlichkeit nach Rechtens seyn müsse [73]. Weil nun aber freylich diese Regeln auch zuweilen in diesem und jenem Falle ihre Ausnahmen litten; so fühlte Paulus, nach der Gewohnheit der römischen Rechtsgelehrten des damaligen Zeitalters, über die Schrif-

72) S. *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. T. I. p. 84—86.

73) S. *Iac. Phil.* D'Orville Diss. ad L. 65. π. de adquir. rer. dom. *Lugd. Batav.* 1721. Cap. I. pr. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 280.) und Neuber die jurist. Classiker. 1. Th. S. 21. und S. 88.

ten Anderer zu commentiren, den Beruf in sich, diese Bücher des Labeo theils zum gemeinnützigern Gebrauche ins Kurze zusammenzuziehen, theils aber auch sowohl die zu allgemein aufgestellten Regeln durch beygefügte Ausnahmen näher zu bestimmen und zu beschränken, als auch die gar zu eng gefaßten zu ergänzen und zu erweitern, nicht minder dasjenige, was ihm offenbar unrichtig zu seyn schien, zu berichtigen. Dieß ist es, was Paulus durch das Wort IMO anzeigen will, dessen er sich sowohl in unserm Fragment, als in allen übrigen bedient, welche aus des LABEONIS *libris Pithanon a Paulo epitomatorum* in die Pandecten sind aufgenommen worden [74]).

Die actio aquae pluviae arcendae, welcher unser Fragment eigentlich angehört, ob es wohl in den Basiliken von der novi operis nunciatio, und dem judicio finium erklärt wird, geht auf die Abwendung eines Schadens, welchen ich von einer auf meines Nachbars Grunde befindlichen Anlage zu besorgen habe, sie sey nun entweder wider meinen Willen und Recht von Menschen Händen gemacht, oder durch Vernachläßigung meines Nachbars, wenn sie auch ursprünglich mit Recht gemacht war, in einen Zustand gerathen, in welchem sie meinem angränzenden Feldgute Schaden bringen kann, weil nun das Regenwasser einen andern Ablauf nimmt. Diese Klage stammt aus den Gesetzen der zwölf Tafeln her. Pomponius bemerkt nämlich aus Labeo [75]), die Alten hätten die Worte des Gesetzes der 12. Tafeln: *Si*

74) S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. c. 6. et cap. 12.

75) *L. 21. D. de Statuliberis.*

aqua pluvia nocet, so erklärt, si nocere poterit. Pomponius [76]) nennt daher auch diese Klage eine actio legitima [77]). Daß sie die Abwendung eines zu besorgenden Schadens zum Zweck hat, lehrt Paulus [78]). Denn ist schon Schaden durch die Anlage geschehen, so findet nicht diese Klage, sondern das Interdictum quod vi aut clam Statt [79]). Die actio aquae pluviae arcendae ist nun vorzüglich in zwey Fällen begründet, 1) wenn durch ein aufgerichtetes oder eingerissenes Werk auf dem Privat-Feldgrundstück meines Nachbars der Lauf des

76) L. 22. §. 2. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae.*

77) Der Prätor nahm sie nachher auch in sein Edict auf. Daher haben Ulpian und Paulus in ihren Commentaren über das Edict von der actio aquae pluviae arcendae gehandelt, wie aus der Inscription der meisten Fragmente des Tit. 3. Lib. XXXIX. Pand. erhellet. S. *Jo. Ortw.* WESTENBERG de causis Obligationum Diss. IX. Cap. III. §. 2. und *Eiusd.* Princip. iuris sec. ord. Dig. Tit. de aqua et aquae pluviae arc. §. 2.

78) L. 14. §. 2. *D. eodem.* In hoc iudicium, sicut in damni infecti, *futurum damnum* venit. Eben dieses bestärkt auch Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* Haec autem actio locum habet *in damno nondum facto*, opere tamen iam facto: hoc est, de eo opere, *ex quo damnum timetur*: totiensque locum habet, *quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est*: id est, *cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret*: si forte immittendo eam aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Add. *L.* 11. §. 3. *in fin. D. eodem.*

79) *L.* 14. §. 3. *D. eodem.* De eo, quod ante datum est, *quod vi aut clam* agendum est.

Regenwassers zum besorglichen Nachtheile meines Feldgrundstücks wider meinen Willen, und ohne dazu berechtiget zu seyn, verändert worden ist [80]). 2) Wenn durch unterlassene Erhaltung einer schon auf dem eigenen Grunde meines Nachbars vorhandenen Anlage in ihrem ursprünglichen Zustande, z. B. durch unterlassene Reinigung eines verschlämmten Wassergrabens, oder durch unterlassene Wiederherstellung eines durch die Gewalt des Wassers weggerissenen Dammes ein Schaden für mein Feldgrundstück durch Regengüße zu besorgen ist [81]). In dem letztern Falle ist die Klage begründet, etiamsi memoria eius rei non exstat, und wenn auch die Anlage blos zum eigenen ökonomischen Nutzen des Grundstücks da wäre, auf welchem sie sich befindet [82]). Nicht so in jenem ersten

80) *L.* 1. §. 1. *et* §. 22. *D. h. t.*

81) *L.* 2. §. 1. 4. 5. *et* 6. *D. eodem.* Hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, *verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sunt*, so schreibt Ramusa, wie uns Paulus in dem angef. §. 6. *L.* 2. *cit.* berichtet.

82) *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, *nec memoriam exstare, quando facta est*: hanc inferior vicinus non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, *aquae pluviae arcendae* cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. — *L.* 2. §. 4. *eod.* Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, *sive extet fossae memoria, sive non extet*: quod et ipse puto probandum. Paulus stimmt also hierin dem Attejus bey. — *L.* 2. §. 5.

Falle. Dort schließt ökonomischer Gebrauch, den die von menschlicher Hand gemachte Anlage bezweckte, so wie das Vorhandenseyn eines Werks über Menschen Gedenken die Klage aus [83]). Nur in jenem ersten Falle gehört es also zur Begründung der Klage, daß das opus manu factum ein solches sey, cuius memoria extat. Dieß war vermuthlich der Zusammenhang, in welchem Labeo zu der Frage veranlaßt wurde, worauf der Richter bey der actio aquae pluviae arcendae die Untersuchung, an operis facti memoria extet, zu richten habe, und welche er durch den in unserm Fragment aufgestellten Satz zu beantworten sucht, wie aus der Verbindung mit *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* erhellet. Eben diesen Zusammenhang hat auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt.

eod. Item VARUS ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. — LABEO autem, si manufactus sit agger, *etiamsi memoria eius non extat*, agi posse, ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, *sed ne noceat*, aut interpellet facientem, quod iure facere possit. — — *L.* 2. §. 7. — Plane si fossam iure factam, *aut cuius memoria non extat*, agi tecum posse *aquae pluviae arcendae*, ut reficias.

83) *L.* 2. §. 3. *D. eodem.* CASSIUS autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint: in *aquae pluviae arcendae actionem* non venire: in eademque causa esse ea, *quorum memoriam vetustas excedit.*

84) Commentar. in Librum XLIX. Pauli ad Edictum: ad L. 2. D. de aqua et aquae pluv. (Oper. postum. a *Fabroto* editor. Tom. II. pag. 702.)

Labeo nennt hier den Richter arbiter. So werden in dem Römischen Rechte die Richter genannt, welche in den iudiciis bonae fidei und arbitrariis gegeben wurden, weil hier der Richter freiere Hände hatte, und auch da, wo ihn Gesetze verließen, nach der Billigkeit sprechen konnte [85]). Daß bey den actionibus arbitrariis, oder, wie Cicero [86]) sagt, bey den *arbitriis*, in quibus additur, *ex fide bona*, die iudices insonderheit *arbitri* genennt wurden, giebt schon der Name dieser Klagen zu erkennen. Die actio aquae pluviae arcendae war aber eine solche Klage. Denn Paulus [87]) nennt sie *arbitrium aquae pluviae arcendae*, und nach der Torellischen Leseart, welche auch, wie Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt, mehrere alte Codices für sich hat, wird sie in unserm Text eben so genennt. Es ist noch merkwürdig, was Cicero [88]), wahrscheinlich in Beziehung auf die Gesetze der zwölf Tafeln, sagt: *Aqua pluvia, manu nocens, iubetur ab arbitro coerceri.* Kein Wunder, wenn daher auch Alfenus [89]) den Richter bey dieser Klage *arbitrum aquae pluviae arcendae* nennt.

85) Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 17. Festus voc. *Arbiter*. Iustinian. §. 30. *I. de action.* S. Jo. Hop Diss. de iudicibus a Praetore et Provinciar. Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis. Cap. 3. §. *Videamus de arbitris.* (in *Ger.* Oelrichs Thes. novo Dissertation. Belgicar. Vol. I. Tom. II. pag. 543.)

86) *De officiis* Lib. III. cap. 17.

87) *L.* 23. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

88) *Topica ad Trebatium.* Cap. 9.

89) *L.* 24. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

Labeo gab nun die Regel, der arbiter solle bey der Untersuchung, ob die Zeit, da die Anlage gemacht worden, über deren Schädlichkeit für sein Feld-Grundstück der Nachbar Klage erhoben hat, auszumitteln sey [90]? sich erkundigen, ob etwa Zeugen vorhanden sind, die sich erinnern können, wenn jenes schädliche Werk gemacht worden sey. Paulus findet aber diese Regel nicht befriedigend. Wenn bey der actio aquae pluviae arcendae, sagt er, um den Labeo zu recht zu weisen, darüber gestritten wird, ob das Werk bey Menschen Gedenken da gewesen sey, oder nicht? und ob daher die Klage Statt finde oder nicht? so sey nicht gerade davon die Frage, ob sich Jemand erinnere, an welchem Tage und in welchem Jahre die in Streit gezogene Anlage gemacht worden sey. Dieß ängstlich zu untersuchen, sey nicht nöthig, sondern es sey genug, wenn nur einigermassen bewiesen werden könne, um welche Zeit ohngefähr das Werk seinen Anfang genommen habe. Der Richter müße also bey der Untersuchung des Ursprungs des Werks etwas weiter gehen, und ἐν πλάτει [91]) verfahren, wie die

90) So erklärt der griechische Scholiast den Ausdruck operis facti memoria. Brissonius de Verb. iur. Signif. erklärt das Wort *memoria* durch recordatio.

91) Den griechischen Ausdruck: ἐν πλάτει, welcher in mehreren Stellen der Pandecten vorkommt, als *L.* 3. *D. de condict. tritic.* *L.* 13. *D. de solut.* *L.* 12. §. 2. *D. Rem. ratam hab.* übersetzt Torelli in laxitate et amplitudine. *Andr.* Alciatus Dispunction. Lib. II. cap. 11. latius. *Jac.* Curtius Εἰκαστῶν Lib. I. cap. 18. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. V. pag. 112.) sagt, ἐν πλάτει intelligenda sunt, in quibus ratio

Griechen zu sagen pflegen. Ja selbst bey einer solchen Untersuchung ἐν πλάτει [92]) werde die Zeit, da das Werk,

ad liquidem non facile oratione perduci potest, et quae non acerbe vel amare sive stricte exigi solent, sed veluti cum quodam temperamento ex bono et aequo. Heineccius in Opuscul. minor. pag. 73. glaubt hingegen, daß ἐν πλάτει sey eben so viel, als das Vorhergehende *aliquo modo*, und der Sinn sey der: sufficere si *aliquo modo*, vel ut Graeci loquantur, ἐν πλάτει testis sciat, quando id opus factum sit. Endlich Pagenstecher in Epist. Amoeb. bey *Heineccius* in Opusc. minor. pag. 148. erklärt das ἐν πλάτει mit Beziehung auf *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* durch *non ad liquidum.*

92) Schon *Corn. van.* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VII cap. 8. §. *Aurem* sahe ein, daß das Griechische ἐν πλάτει zweymal gelesen werden müße. Auch Heineccius in Opuscul. minorib. pag 72 hält wegen der Wortfügung enim potest eine Gemination für nothwendig. Zwar bemerkt Ducker in Opusc. var de Latinitate vet. ICtorum pag 330. not. 6. daß enim für nam, auch ohne daß Etwas vorausgeht, bey den Classikern, ja selbst bey Cicero, nicht ungewöhnlich sey. Allein wir haben diesen Behelf gar nicht nöthig. Auch in dem oben aus den Basiliken abgedruckten griechischen Scholium kommt zweymal nach einander εἰς πλάτος vor. Dieser noch von keinem Ausleger benutzte Beweis setzt also jede Meinung von einer Erklärung durch Gemination außer Zweifel. Offenbar unrichtig ist es aber, wenn Pagenstecher a. a. O. das ἐν πλατει von den Worten, Graeci docere solent, trennen, und mit den folgenden Comma verbunden wissen will. Nach seiner Erklärung soll Paulus so viel sagen, der Richter solle sehen, ob auf irgend eine Art bewiesen werden könne, wenn das Werk gemacht worden sey, d. i. in

über welches Klage erhoben worden, entstanden ist, nicht immer ausgemittelt werden können [93]), wenn man blos

welchem Jahre. Nun fahre Paulus fort. Eben dieß hätten auch die Griechen gesagt. Seine und der Griechen Meinung beweise er nun durch den nachfolgenden Satz, und weil er die Griechen zu Zeugen angerufen habe, so fange er das folgende Comma mit dem Griechischen ἐν πλάτει an, id est, *non ad liquidum* enim potest. Diese dem ganzen Zusammenhange der Worte widerstreitende Erklärung ist gar keiner Widerlegung werth.

93) *Guil.* BUDAEUS in Annotationib. in Pandect. ad h. L fol. 197 b in fin. will zwar bey den Worten memoria *non* teneri, die Negation wegstreichen, und *memoria teneri* lesen. Er meint, diesen affirmativen Sinn erfordere der Nachsatz, *cum interim* etc. denn die Partikel *interim* sey hier adversativ. Der Sinn soll also der seyn. „Denn es könnte geschehen, daß zwar viele sich erinnern, das Werk sey nicht vor dem oder jenem Jahre gemacht, sich aber doch des Tages und Jahres nicht bestimmt erinnern können, wenn es gemacht worden sey." Auch RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 14. legt den Worten einen affirmativen Sinn unter, indem er sie auf folgende Art emendirt: *Non* enim potest hoc memoria non teneri. Eben so HEINECCIUS in Opusc. minor pag. 72. welcher den Text auf folgende Art zu restituiren vermeint: Ἐν πλατει enim potest hoc memoria *contineri.* Nicht minder PAGENSTECHER, a. a. O. welcher durch seine Erklärung von εν πλατει, *non ad liquidum*, den Worten: enim potest hoc memoria *non* teneri, wegen der doppelten Negation, ebenfalls einen affirmativen Sinn giebt. Allein daß diese Worte einen negativen Sinn haben, setzt wieder die oben abgedruckte Paraphrase des griechischen Scholiasten außer Zweifel.

diejenigen als Zeugen vernehmen wollte, die sich erinnern, daß das Werk gemacht worden sey. Denn man setze, der Kläger behaupte, dasselbe sey binnen dem und dem Jahre gemacht worden, und es wäre gerade Niemand vorhanden, der sich erinnere, in welchem Jahre er es gesehen habe. Deswegen kann aber doch nicht gesagt werden, das Werk sey seit undenklicher Zeit vorhanden. Der Richter müße also weiter nachforschen, ob nicht Zeugen vorhanden sind, welche den Ursprung der in Streit befangenen Anlage durch Erzählung von Andern erfahren haben. Denn auch ein solcher Beweis ist zulässig. Nur dann, wenn alle Zeugen einstimmig aussagen, daß sie es weder selbst gehört, noch gesehen haben, als das Werk gemacht worden, noch auch von denen gehört haben, welche dasselbe gesehen oder davon gehört hätten; und so denn immer weiter aufwärts steigen, in unbestimmten Ausdrücken *), sie hätten es nämlich auch von ihren Vorfahren und Voreltern, so weit sie sich deren erinnerten, nicht gehört [94]); nur dann könne man sagen, es sey von

*) Das Wort *infinite* bedeutet hier soviel als indefinite oder indeterminate, εἰς ἀπέραντον, wie der griechische Scholiast sagt. Das Wort *infinitum* kommt in dieser Bedeutung in den Gesetzen öfters vor. §. 4. *I. de heredib. instit.* *L.* 68. *pr. D. de rei vindic.* *L.* 4. §. 2. *D. de in litem iur.* S. *Ev.* OTTO Commentar. ad §. 4. Instit. de heredib. instit.

94) Solche allgemeine Zeugenaussagen beym Beweise einer alten unfürdenklichen Sache kommen auch im kanonischen Rechte vor. *can.* 5. *C. XXXV. qu.* 6. und *Cap.* 5. *X. de testib.* und so werden auch in der Praxis die Artikel gefaßt, nämlich wahr, daß Zeugen es nicht allein für ihre Person also gesehen, sondern auch von ihren Eltern und Vorfahren

dem Ursprunge des streitigen Werks kein Andenken mehr vorhanden, sondern dasselbe von undenklicher Zeit her da gewesen, und die Klage falle weg [95]). Dieß scheint mir der ganz natürliche Sinn dieser schwierigen Stelle zu seyn, von welcher Cornelius van Bynkershök [96])

solches gehört, und nie anders erfahren noch gehört haben. S. *Io. Iod.* Beck Diss. de probatione per testes de auditu alieno deponentes. *Altorf.* 1711. Cap. 3. §. 8. Bey der actio aquae pluviae arcendae sind also Zeugen von Hörensagen zuzulassen. S. Cujacius in Commentar. in Libr. XLIX. Pauli ad Edictum ad L. 2. §. 1. D. de aqua et aqu. pluv. arc. (*Op r* a Fabroto editor. Tom. II pag. 702.) und *Franc.* Duarenus Commentar in Tit. Pand. de testib. Cap. IV. pag. 950.

95) Die letzte Periode Sed cum omnium etc. etc. haben die Ausleger auf verschiedene Art emendirt. Raevardus Varior. Lib. I. cap. 14. Sed cum omnium haec est opinio, —— qui vidissent aut audissent, et hoc infinite: similiter sursum versum accidet, *quasi* memoria operis facti non extaret. Budaeus Annotat. in Pand. c. I. et hoc infinite similiter sursum versum *acciderit; tum memoriam operis facti non extare.* Die Glosse des Accursius ändert zwar im Text nichts, glaubt aber, nach accidet müßten die Worte *absolvitur reus* verstanden werden. Nach dieser Erklärung können freylich die nachfolgenden Worte: *cum memoria operis facti non extaret*, unverändert bleiben, und der Sinn ist vollkommen richtig. Außerdem aber müßte wohl statt *cum* memoria vielmehr *tum* oder *tunc* memoria gelesen werden, wie auch die meisten Ausgaben lesen. S. Pothier Pand. Iustin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 3. Nr. XV. not. f. pag. 22.

96) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 8. §. *Autem* pag. 209. nach der Heinecc. Ausgabe.

sagt: Valde eius lectio est conturbata, et, si quae unquam, palam mendosa. Scio, quid editores, quid interpretes in eam fuerint ausi, si dixerim, ingentibus excidisse ausis, et neminem rotundam eius sententiam expressisse, dixero, quod res est, ob er gleich das Gesetz selbst nicht erklärt hat.

L. 29. SCAEVOLA *Libro nono Digestorum.*

Imperatores *Antoninus* et *Verus* Augusti Claudio Apolinari rescripserunt in haec verba. „Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt [97]: sed et epistulas [98], quae uxoribus missae allegarentur [99], si de fide earum constitit [100], nonnullam vicem instrumentorum optinere [1]) decretum est.“

97) *Cod. Erl.* constare. Chevallon consistere. Diese Leseart zieht Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe allen andern vor. Nach den Noten des Taurellius sollen die florent. Pandecten consisterent haben.

98) Hal. Miräus, Chevallon, und Baudoza epistolas. Nach des Torelli Adnotat. sollen Pand. flor. *epistulae* lesen. Auch Brenkman bemerkt in der Geb. Ausg. daß er in zehen Handschriften epistolae gelesen habe. Er selbst verwirft jedoch diese Leseart, weil die Construction den Nominativ nicht zuläßt.

99) Hal. und Miräus allegantur.

100) Hal. und Mir. si de fide earum consistat und einer in Parenthese eingeschlossen. Chevallon constiterit, mit gleicher Parenthese. Baudoza consistat, ohne Einschluß.

1) Eben so *Cod. Erl.* Russard, Charondas, und Gebauer.

§. 1. Mulier gravida repudiata [2]), filium enixa absente marito, ut [3]) spurium in actis professa est, quaesitum est an is in potestate patris sit: et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit: nec obsit professio a matre irata facta, respondit, veritati locum superfore.

Zu der Zeit, als Scävola das neunte Buch seiner Digesten schrieb, woraus unser Fragment genommen ist, waren die Kaiser Antoninus und Verus, deren Rescript er hier anführt, noch am Leben [4]). Es sind dieses diejenigen Kaiser, welche unter dem Namen der Divorum Fratrum bekannt sind. Scävola, der unter ihnen blühete, stand bey dem Kaiser Marcus Aurelius Antoninus in solchem Ansehen, daß er ihn, wie Capitolin [5]) erzählt, zum Beysitzer in seinem Auditorium machte [6]). Er lebte auch noch unter dem Kaiser Commodus, und scheint die Zeiten des Septimius Severus erreicht zu haben [7]).

Das Rescript, welches Scävola hier anführt, betrifft den Beweis der Kindschaft. Der Streit, welcher dar-

2) Chevallon, und Baudoza gravida et a marito repudiata. Merlin [et a marito] repudiata.

3) Hal. spurium mit Hinweglassung des ut

4) S. *Io. Lud.* Conradi Diss. histor. crit. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. 2.

5) *In Marco.* Cap. XI.

6) *L.* 22. *pr. D. ad SCtum Trebell.*

7) Es läßt sich dieses daraus schließen, was Scävola *L.* 14. *D. de div. temp. praescript.* sagt, wenn man damit den §. 8. *I. de Usucap.* vergleicht.

der vor Gericht erhoben wird, ob Jemand dessen Kind sey, dem es angehören soll, ist gewiß, wegen der davon abhangenden rechtlichen Folgen, eben so wichtig, als der deshalb zu führende Beweis mit Schwierigkeiten verknüpft [8]). Aber schwieriger noch auf Seiten des Vaters, als der Mutter. Denn die Mutter ist immer gewiß, sagt Paulus [9]) etiamsi vulgo conceperit. Daß sie das Kind gebohren habe, welches ihr Kind seyn soll, kann durch Zeugen, die bey der Geburt des Kindes gegenwärtig waren, z. B. durch Hebammen, bewiesen werden. Aber nur der ist als Vater des Kindes anzusehen, sagt derselbe Paulus, quem nuptiae demonstrant. Es ist aber noch nicht immer genug, daß die Ehe erwiesen werde, sondern das Kind muß auch aus dieser Ehe gebohren [10]), und überdem zur rechten Zeit gebohren seyn [11]), so wie denn auch nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit der ehelichen Beywohnung diesem Beweise entgegenstehen dürfen [12]). Ein directer Beweis kann also hier nicht erbracht, sondern nur eine dringende Vermuthung begründet werden, welche denn freylich einen Gegenbeweis zuläßt [13]). Zur Bescheinigung einer Quasi-

8) *Pet.* Müller Diss. de probatione filiationis. *Ienae* 1689. *Frid. Io.* Stock Diss. eiusd. argum. *Ienae* 1702.

9) *L. 5. D. de in ius vocando.*

10) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L. 3. §. 1. D. de agnosc. vel alend. lib.*

11) *L. 12. D. de statu hom.*

12) *L. 6. D. in fin. de his, qui sui vel alien. iur. sunt.*

13) S. *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 935. und besonders *Io. Ortw.* Westenberg Divus Marcus. Diss. VII. §. 4. sqq. (*Operum* a Jungio *editor.* Tom. III. pag. 86. sqq.)

Possession der Kindschaft gegen den Dritten, welcher den Status des Kindes bestreitet, würde jedoch schon der Beweis genügen, daß die Eltern das Kind als ihr Kind geliebt, dasselbe wie ihr Kind behandelt, und immer ihr Kind genannt haben, wie nach dem Zeugniß Ulpians[14]) ebenfalls die *Divi Fratres* an den Lucius Tiberianus rescribirt haben. Soviel die Beweismittel selbst anbetrifft, so haben die gedachten Kaiser in dem Rescript, welches unser Scävola anführt, den Beweis der Filiation dadurch zu erleichtern gesucht, daß sie dazu nicht blos Zeugen-Aussagen erfordern[15]), sondern auch den Briefen, die der Ehemann, welcher als Vater des Kindes angegeben wird, an seine Frau geschrieben hat, wo nicht eine vollkommene, doch wenigstens eine solche Beweiskraft beylegen, welche zur Begründung einer dringenden Vermuthung genügt; wobey denn freylich vorausgesetzt wird, daß ihre Aechtheit außer Zweifel sey. Dieß ist der Sinn der Worte, sed et *Epistolas*, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constitit, *nonnullam vicem instrumentorum obtinere*, decretum est, wie Westenberg[16]) diese Stelle ganz richtig erklärt hat. Wir haben daher nicht nöthig, dem Nicol. Catharinus[17]) zu folgen, wenn dieser auf seine Gefahr folgen-

14) *L.* 1. §. 3. *D. de Quaestionib.* Vid. Stock cit. Diss. Cap. III. Th. 2.

15) Cyrillus bemerkt in den Scholien der Basiliken Tom. III. pag. 48. lit. e. *μαρτυροῦσι καὶ μαῖαι, καὶ δοῦλαι.* i. e. *testimonium quoque perhibent nutrices et ancillae.*

16) Cit. loc. §. 12. pag. 90. sq.

17) Observation. et Conjecturar. Lib. I. Cap. 42. (in *Thes.*

dermassen zu lesen erinnert: si de fide earum constitit *nonnihil*, vicem instrumentorum obtinere etc. Er hat nicht bedacht, was die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Justinus rescribirt haben [18]: Non *epistolis* necessitudo consanguinitatis, sed *natalibus*, vel *adoptionis solennitate* conjungitur: nec adversus absentem hereditatis dividendae gratia, velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, *substantiam perimit veritatis*. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti; sive familiae erciscundae, quasi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit. Der Brief bewies zwar allerdings gegen den, welcher ihn geschrieben hatte; sobald dieser aber das Gegentheil bewies, so mußte der Irrthum der Wahrheit weichen [19]. Auf gleiche Weise rescribirten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Lucullus [20]: *Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudicat:* et quae *ut filiis* testamento relinquuntur, juxta ea, quae a Principibus statuta sunt, non deberi, certi iuris est. Aber auch die Basiliken [21]) stehen jener Emendation im Wege. In

iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 495. und in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 777.)

18) *L.* 13. *Cod. h. t.*

19) S. *Ian. a* Costa Praelectiones ad illustrior. quoad. Titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 13. Cod. de probat. pag. 239. sq.

20) *L.* 5. *Cod. de testament.*

21) Tom. III. Lib. XXII. Tit. I. Const. 29. pr. pag. 6.

diesen lautet der erste Theil unsers Fragments folgendermassen. Ὅτε περὶ παίδων ζητεῖται, οὐ μόνον μάρτυρες παρέχονται, ἀλλὰ καὶ αἱ πεμφθεῖσαι ταῖς μητράσιν αὐτῶν ἐπιστολαὶ πιστούμεναι τάξιν ἐπέχουσιν ἀποδείξεων. i. e. *Cum de liberis quaeritur, non solum testes adhibentur, sed et epistolae matribus eorum missae, si de fide earum constet, vicem probationum obtinent.* Noch mehr aber wird man sich davon überzeugen, wenn man die Erklärung des griechischen Scholiasten [22]) damit verbindet, welche folgenden Inhalts ist. Λέγει ἡ διάταξις, μὴ μόνον διὰ μαρτύρων δύνασθαί τινα ἑαυτὸν ἀποδεῖξαι υἱὸν ὄντα τινός, ἀλλὰ καὶ δι' ἐπιστολῆς πρὸς τὴν τούτου μητέρα πεμφθείσης παρὰ τοῦ λεγομένου πατρός, ἐν ᾗ τυχὸν ὡς υἱοῦ μνήμην ἐποιήσατο· μόνον εἰ δύναταί δεῖξαι μὴ οὖσαν πλαστὴν τὴν ἐπιστολήν. i. e. *Ait constitutio, posse quem non solum testibus probare se filium esse alicuius, sed et epistola ad matrem eius missa ab eo, qui pater eius dicitur, in qua mentionem eius fecit quasi filii: si modo probari possit non esse falsam epistolam.*

Nun entscheidet Scävola §. 1. unsers Fragments noch eine andere Frage, nämlich ob die falsche Angabe der Mutter bey den obrigkeitlichen Geburtslisten der Kinder dem Manne in der Ausübung der Rechte der väterlichen Gewalt zum Nachtheil gereichen könne? Ein Mann hatte sich von seinem Weibe geschieden, welches schwanger war. Scävola braucht den Ausdruck *repudiata.* Dieß heißt aber nicht, der Mann habe die Frau blos im Zorne verstoßen. Ein solches Verstoßen, welches gewöhnlich nur

22) *Basilica.* Tom. III. pag. 48. lit. q.

zeitig war, wird in den Gesetzen [23]) *fribusculum*, oder wie andere [24]) lesen, *frigusculum* genennt, und dem divortium entgegengesetzt [25]). Hier hatte vielmehr der Mann sich auf immer von seiner Frau getrennt. Denn daß das Wort repudium sehr häufig für divortium genommen wird, ist aus mehreren Beyspielen [26]) bekannt. Die Basiliken (Tom. III. pag. 6.) haben den Ausdruck διαζυγεῖσα; διαζύγιον aber heißt Ehescheidung, divortium. Ein solches repudium war dem Ehemann zur Zeit des Scävola auch ohne alle, oder doch aus der geringsten Ursache erlaubt [27]); wenn nur übrigens die durch die Lex Iulia de adulteriis vorgeschriebene Form daben beobachtet worden, und also die Ehescheidungsformel: TUAS RES TIBI HABETO vor sieben mündigen römischen Bürgern, als Zeugen dieser Handlung, war ausgesprochen worden [28]).

23) *L. 32 §. 12. D. de donat. inter vir. et uxor.*

24) S. *Nic.* CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 3) *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 784.) und *Io. Frid.* JUNGHANS Historia iur. civ. de divortiorum causis et poenis. *Lipsiae* 1782 Cap. I. §. 7.

25) *L. 3. D. de divortiis.*

26) *L. 2. pr. et §. 1. D. eodem. L. 59. D. Soluto matrimon. L. 29. D. de manumiss. testam. L. 43. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

27) JUNGHANS cit. Hist. Cap. III. §. 1. et 2.

28) *L. 9. D. de divortiis. L. 43. D. ad Legem Iul. de adulter. L. un. §. 1. in fin. D. Unde vir. et uxor.* S. *Ev.* OTTO Praefat. Tom. IV. Thes. iur. Rom. pag. 11. *Io. Guil.* HOFFMANN ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis Lib. sing. Cap. V. §. 8. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* T. I. pag. 227.

Die geschiedene Frau gebahr nachher während der Abwesenheit ihres Mannes einen Sohn, und um sich an ihren Mann zu rächen, ging sie hin zu den Präfekten des aerarii Saturni, wie gerade damals durch eine Verordnung des Kaisers Marcus Antoninus war vorgeschrieben worden [29]), und gab diesen Sohn als einen spurius an. Denn so nannte man alle Kinder, welche entweder gar keinen gewißen Vater angeben können, oder einen solchen Vater haben, quem habere non licet [30]).

Die Mutter starb, und hinterließ das Kind zu ihrem Intestaterben. Nun entstand die Frage, ob das Kind in der väterlichen Gewalt ihres geschiedenen Ehemannes sey, und dieser daher, als Vater, dem Kinde den Befehl zur Antretung der mütterlichen Erbschaft geben könne? oder ob ihm nicht die von der Mutter des Kindes bey der öffentlichen Behörde geschehene Angabe hierin nachtheilig sey? Scävola entscheidet diese Frage verneinend. Die Mutter verdient hier keinen Glauben. Nicht darum, weil ihre Angabe im Zorne geschahe; sie würde, wenn sie auch bey ruhigem Gemüthe geschehen wäre, dem Kinde dennoch eben so wenig, als dem Vater desselben, der es als das seinige anerkannte, zum Nachtheile

sq.) und besonders *Ge. Aug.* MARCHE Historia iuris civilis de divortiis. *Lipsiae* 1764. §. 7. pag. 26. sqq. et §. 9. pag. 39—43.

29) *Iul.* CAPITOLINUS *in vita Marci* cap. 9. S. CONRADI Diss. de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae. Cap. 2. pag. 13.

30) *L.* 23. *D. de statu hom.* S. *Io. Theod.* SCHEFFER Diss. de spuriis eorumque iure. *Tüb.* 1734. Cap. I. nr. 2. et 3.

gereichen können, wie Weber[31]) sehr richtig bemerkt hat. Sie mag auch Ehebrecherin seyn, sagt Papinian[32]) und doch kann das Kind den Ehemann zum Vater haben. Der wahre Grund ist, weil eine solche Angabe der Mutter, wodurch sie noch dazu ihre eigene Schande bekennt, die aus einer rechtmäßigen Ehe entspringende, und für die Paternität streitende Vermuthung, wenn ihr sonst keine Gründe einer physischen Unmöglichkeit entgegenstehen, an und für sich nicht zu entkräften vermag[33]). Nur allein die Wahrheit kann also hier entscheiden, wie auch oben *L.* 13. *h. t.* der Kr. Trajan bey Celsus rescribirt hatte. Der griechische Scholiast[34]) hat die letzten Worte unsers Fragments so erklärt: λέγει ὁ Σκαιβόλας· χρὴ τὸν τῆς ὑποθέσεως ἀκροώμενον μὴ τῇ καταθέσει πείθεσθαι τῆς μητρὸς, ἀλλὰ τὸ ἀληθὲς μᾶλλον σκοπεῖν. i. e. *Respondit* SCAEVOLA, *eum qui de causa cognoscit, matris depositioni fidem adhibere non debere, sed potius veritatem spectare.*

Dem Vater war es in dem Falle, von welchem Scävola spricht, nur hauptsächlich um die mütterliche

31) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. V. Not. 29. S. 148. f.

32) *L.* 11. §. 9. *D. ad L. Iul. de adulter. coërc.* Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

33) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 139. S. 277. der 2. Aufl. Man vergleiche auch *Franc.* DUARENUS Commentar. in hunc Tit. Cap. III. pag. 937. und *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad h. L. 29. §. 2. pag. 779.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 49. not. e.

Erbschaft zu thun. Das Kind möchte immerhin ein spurius gewesen seyn; es würde auch, als ein solches, seine Mutter nach dem Senatusconsulto Orphitiano beerbt haben [35]). Allein war das Kind in der väterlichen Gewalt, so erwarb der Vater nach dem Rechte der damaligen Zeit die mütterliche Erbschaft, wenn er demselben den Befehl zur Antretung derselben gab [36]). Denn in Ansehung des mütterlichen Vermögens der Kindor hatte damals noch kein besonderes Recht statt [37]). Der Befehl des Vaters, welcher immer der Erbschaftsantretung vorausgehen mußte [38]), wurde aber besonders darum für nöthig gehalten, damit der Vater nicht wider seinen Wil-

35) §. 3. *I. de SCto Orphitiano.* Eben dieses bemerkt auch der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 49. lit. f. *Καὶ ὁ σπούριος κληρονομεῖ τῆς μητρὸς, καὶ τῶν τῆς μητρὸς κογνάτων.*

36) S. *Jos.* FINESTRES Praelect. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. 5. §. 27. sqq. pag. 318. sqq. und *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de SCt. Tertull. et ad pr. I. de SCto Orphit.

37) S. *Christ.* RAU Histor. iur. civ. de peculiis. *Lipsiae* 1770. §. 9. Die Stelle aus Cajus *libro sing. ad SCtum orphitianum* nämlich die *L.* 8. *D. ad SCtum Tertull. et Orphit.* ist nicht entgegen. Denn wenn Cajus daselbst sagt: Sacratissimi Principis nostri Oratione cavetur, *ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat;* so war dem Vater dadurch der Gewinn der Erbschaft selbst noch keineswegs entzogen worden.

38) *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

len durch die Erbschaft verpflichtet, und mit Schulden belastet würde [39]). Bey der Bonorum possessio war zwar der iussus patris nicht erforderlich, hier genügte schon die bloße Genehmigung [40]); allein ward die Erbschaft nach dem Civilrecht dem Kinde deferirt, wenn auch nicht gerade nach den Gesetzen der zwölff Tafeln, sondern nur ex Senatusconsulto Orphitiano, so blieb es bey der Regel, vermöge welcher der iussus patris nothwendig war [41]). Nach dem neuern Rechte ist die mütterliche Ebschaft ein peculium adventitium des Kindes, woran dem Kinde das Eigenthum, dem Vater hingegen nur der Nießbrauch zusteht [42]). Ist nun gleich die Einwilligung des Vaters auch nach dem neuern Rechte nöthig, so kann doch der Sohn wenigstens in dem Falle die Erbschaft selbst auf seine Gefahr antreten, da der Vater seine Einwilligung versagt [43]).

---

39) *L. 6. pr. De eodem.*

40) *L. 6. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 6. §. 2. D. eodem.* Ganz unrichtig hat diese Stelle *Franc.* BALDUINUS in Commentar. in Institut. Tit. de SCto Orphit. ad v. *Etiamsi alieno iuri subjecti sint*, pag. 425. verstanden. Man sehe FINESTRES c. l. §. 43. pag. 331. und Westphal syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente rc. §. 114. u. 115.

42) *L. 1. Cod. de bonis matern.*

43) *L. ult. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis.*

L. 30. * * * * [44]) *Libro primo Responsorum Festo respondit.*

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri neque per fideicommissi relicti sibi probationem, nec quod alimenta sunt ut nutrici praestita.

44) In der Taurellischen Ausgabe ist hier für den Namen des Verfassers ein leerer Raum gelassen, welcher ohngefähr sieben bis acht Buchstaben enthalten könnte. Diesen Raum haben Haloander, Miräus und Baudoza durch das Wort *Idem* auszufüllen gesucht, weil sie geglaubt haben, dieses Fragment gehöre dem Scävola an, von dem das vorhergehende herrührt. *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae (*Operum* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 224.) zweifelt jedoch an der Aechtheit dieses Fragments. Denn es steht nicht in den Basiliken. Nun befindet es sich zwar in der florentinischen Handschrift: allein Taurellius macht in seinen Adnotatis die Bemerkung, *Lex penult. et finalis parenthesi sunt conclusae, ut pro deletis notentur;* und Contius sagt in seiner Ausgabe mit voller Zuversicht: *delendas autem esse, magnum argumentum est, quod in nullis manuscriptis reperiuntur, quos quidem viderimus. Sane Graeci ad L. 8. D. de statu hom. citant. L. Imperatores pro ultima huius tituli.* Brenkmann in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. bestätiget dieses noch mehr dadurch, daß er in den 13. Handschriften, welche er gesehen, die beyden letzten Gesetze dieses Titels nicht gefunden habe, und ich füge noch die Bemerkung hinzu, daß sie auch in unserm Cod. Erl. nicht stehen. *Andr.* Alciatus Dispunction Lib. I. cap. 6. entdeckte zuerst diese Lücke, und ergänzte sie aus

Wenn ein Herr seiner Sklavin ein Fideicommiß hinterlassen hatte, ohne ihr jedoch dabey die Freyheit ausdrücklich vermacht zu haben; so entstand die Frage, ob nicht das Fideicommiß der Billigkeit nach so zu erklären sey, daß daraus der Wille des Testirers, die Sklavin solle auch die Freyheit haben, vermuthet werden könne? Der Verfasser unsers Fragments entscheidet diese Frage verneinend. Zwar war es unter den ältern Rechtsgelehrten vor Justinian streitig, ob die Einsetzung eines eignen Sklaven zum Erben, ohne ausdrückliche Freyheitsertheilung, gültig sey? Die meisten röm. Rechtsgelehrten waren indessen der Meinung, die Einsetzung sey ungültig, und dieses behaupteten besonders Ulpian[45]) und Papinian[46]). Ihr Grund war, weil die Freyheit ein weit höheres und kostbareres Gut sey, als die Erbschaft. Es scheine also ungereimt zu seyn, die Freyheit zur recht-

den florentinischen Pandecten. Er hielt aber die *L.* 30. noch für einen Paragraphen der vorhergehenden L. 29. welche dem Scävola zugeeignet wird. So erscheint denn auch die *L.* 30. als der §. 2. der *L.* 29. in der Ausgabe des *Claud.* Chevallonius. Paris 1527. 8. und des Baudoza Cestius, und zwar in jener ohne alle Inscription, in der letztern aber mit der Inscription: Idem *lib. Responsorum Festo respondit.* Erst Haloander trennte sie von der *L.* 29. fügte aber das Wort *Idem* in der Inscription bey, weil er den Scävola für den Verfasser hielt, obgleich solches in der florent. Handschrift nicht steht.

45) *Fragm. Tit. XXII.* §. 12. Sed si *sine libertate* sit institutus, omnino non consistit institutio.

46) *L.* 76. *D. de heredib. instit.*

lichen Folge einer hinterlassenen Erbschaft zu machen [47]. Noch wenigerem Zweifel war es also unterworfen, daß ein Herr seinem eigenen Sklaven ohne Libertät nichts gültig vermachen konnte. Papinian sagt es ganz bestimmt *Lib. XV. Quaestionum* [48]: Nec *sine libertate* aliquid servo *legari* potest. In dem Falle, wovon unsere L. 30. spricht, war zwar von einem Fideicommiß die Rede. Fideicommisse aber unterschieden sich vor Justinian besonders darin von Legaten, daß sie mehr nach dem Willen des Verstorbenen, als nach den Worten erklärt wurden [49], und daher eine ausgedehntere Eigenschaft hatten, als Vermächtniße [50], indem man letztere blos buchstäblich verstand, bey den erstern aber mehr die Willensvermuthung und Billigkeit eintreten ließ [51]. Die Fideicommissaria hatte überdem auch noch den Grund für sich, daß sie in dem Hause ihres verstorbenen Herrn Amme gewesen, und als solche, besser war gehalten worden, als eine andere Sklavin. Dieses alles schien also

47) S. Vinnius Commentar. ad §. 2. I. Qui et ex quibus causis manumittere.

48) *L. 76. D. de heredib. instit.* Ein wichtiges Zeugniß giebt uns auch Plinius *Lib. IV. Epist.* 10. Contuli cum prudentibus, convenit inter omnes, *nec libertatem deberi, quia non sit data: nec legatum, quia servo suo dederit.*

49) *L. 127. D. de legat. I. L. 64. D. de legat. II. L. 11. §. 19. L. 95. D. de legat. III. L. 57. §. 1. D. ad SCtum Trebell. L. 16. Cod. de fideicommiss.*

50) §. 3. *I. de legat.*

51) S. *Theoph.* Martin Diss. lancem saturam discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium sist. *Goett.* 1787. §. X.

die Absicht des Erblassers vermuthen zu lassen, daß er seiner Sklavin mit dem Fideicommiß auch stillschweigend die Freiheit habe vermachen wollen. Dennoch war dieses alles noch nicht hinreichend, derselben die Freyheit zuzuerkennen. Denn gerade hierin war zwischen Fideicommiß und Legat kein Unterschied. So rescribirte auch Kaiser Antoninus an den Sulpitius [52]): Servis testamento dominorum *non data libertate* legatum seu *fideicommissum* relictum non valet: nec convalescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sint [53]). Eben so war aber auch die gute Gesinnung, die sonst der römische Hausvater aus Liebe zu seinen Kindern gegen die Amme derselben zu hegen pflegte, zur Begründung einer vermutheten Willensmeinung desselben für die Ertheilung der Freyheit nicht hinreichend, wenn sie ihr nicht zugleich mit dem Legate oder Fideicommiße namentlich war vermacht worden [54]). War dieses nicht geschehen, so konnte ein Herr seinen eignen Sklaven nur allenfalls den Unterhalt vermachen [55]). Justinian sanctionirte nun zwar nachher

52) *L.* 4. *Cod. de legatis.*

53) Ein Gleiches galt von den eignen Sklaven des Erben. *L.* 8. §. 1. *D. de legat. III.* S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 43.

54) S. *Jac.* Cujacius Comment. in Tit. de probationib. ad h. L. 30. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 924.) und *Ejusd.* Commentar. in libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae. (Tom. III. *Oper.* pag. 224.)

55) *L.* 113. §. 1. *D. de legat. I.* *L.* 16. *D. de legat. annuis.* *L.* 17. *D. de alimentis vel cibar. legat.*

die billigere Meinung des Atilicinus[56]), und verordnete, daß ein Herr seinen Sklaven, auch ohne besondere Erwähnung der Freyheit, gültig solle zum Erben einsetzen können[57]), weil es nicht wahrscheinlich sey, daß ein Herr, welcher seinen eignen Sklaven zu seinem Erben ernannt hat, ohne ihn jedoch dabey ausdrücklich die Freyheit geschenkt zu haben, gewollt habe, daß der eingesetzte Erbe ein Sklave bleiben, und Niemand sein Erbe seyn solle[58]). Dennoch ließ er in Ansehung der Vermächtniße und Fi-

L. 39. §. 2. *D. famil. ercisc.* S. Cujacius Comment. in Lib. I. Responsor. Cervid. Scaevolae. ad L. cit. 39. *Oper.* Tom. III p. 210. und Westphal Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 98.

56) *Pr. I. de heredib. instituend.* Hodie vero etiam *sine libertate*, ex nostra Constitutione heredes eos (sc. *proprios servos*) instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse *Paulus* suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. *Franc.* Hotomanus in Commentar. ad Instit. h. l. pag. 182. meint, daß auch Paulus, der über den Massurius Sabinus und Plautius commentirte, derselben Meinung gewesen sey.

57) L. 5. *Cod. de necessariis servis heredib. instituend.* und *Em.* Merillius in Expositionib. in L. Decision. Justiniani. ad h. L. in *Operib. Neapoli* 1720. edit. Tom. II. pag. 100 — 103.

58) §. 2. *J. Qui et quibus ex causis manumitt. non poss.* cum non est verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis donationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

deicommisse das ältere Recht unabgeändert [59]). Hier soll jene zu Gunsten der Freyheit gesetzlich angenommene conjectura voluntatis nicht Platz greifen; jedoch dem Sklaven das Legat oder Fideicommiß, wenn er gleich in der Sklaverey bleibt, von dem Erben geleistet werden. Merille [60]) setzt den Grund dieses Unterschiedes darin, weil eine Erbeneinsetzung ehrenvoller sey, als ein bloßes Vermächtniß, und beruft sich deshalb auf die *L.* 5. §. 6. *D. de legatis praestand: contr. tab. B. P. petita.* Allein der Grund scheint mir vielmehr darin zu liegen, weil, wenn die Erbeinsetzung ungültig ist, das Testament zu Grunde geht; das Legat aber der Sklave auch ohne Freyheit genießen kann; darum nahm Justinian blos bey der Erbeinsetzung eine stillschweigende Manumission zur Erhaltung des Testaments zur Hülfe.

---

59) *L.* 5. §. 2. *Cod. de necessar. servis.* Illo videlicet observando, ut si *legatum*, vel *fideicommissum* eis *sine libertate* relinquatur, maneant in servitute: non tamen ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris, et serviles labores debita remuneratione defraudare conentur, et non derelictum, licet adhuc servis constitutis, donent.

60) Cit. loc. ad §. 2. L. 5. Cod. cit. pag. 103.

L. 31.[61]) *Libro secundo Mactorio Sabino*[62]).

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa debere[63]) dicuntur[64]), factam, vim obligationis non habere.

Mehrere Rechtsgelehrten machen der Sanction dieses Gesetzes den Vorwurf, daß sie auf keinem gerechten Grunde beruhe. Daher werde auch dieses Fragment in den florentinischen Pandecten, als ganz unnütz, in Haken eingeschloßen. So Autumnus, Mornac und Grönewegen. Man sagt überdem, das ganze Gesetz sey vom Justinian durch die *L.* 13. *Cod. de non numerata pecunia* aufgehoben. Allein wie höchst ungerecht dieser Vorwurf sey, und wie wenig diese Verordnungen einander entgegenstreiten, hat schon Ulrich Huber[65]) dargethan. Um dieses näher zu beurtheilen, ist vor allen Dingen der richtige Sinn unsers Fragments zu bestimmen. Dieser ist folgender.

Wenn in einem Schuldscheine, noch eines andern Schuldscheins, oder einer andern Schuld gedacht wird, die vielleicht aus einem früheren Darlehn, oder aus ei-

61) Haloander, Chevallon, Miräus und Baudoza schalten hier IDEM ein.

62) Haloander respondit Materno Sabino. Baudoza ad Masurium Sabinum respondit. Brenckman bey Gebauer M. Actorio Sabino.

63) Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta, Baudoza, und die Pariser Ausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. lesen alle deberi.

64) Chevallon dicantur.

65) Eunomia Romana, ad Lib. XXII. eiusq. L. ult. h. t. p. 780. sq.

nem Kaufe, oder aus einem andern Grunde entstanden ist, mit derjenigen Schuld aber, worüber der Schuldschein ausgestellt worden, in keiner Verbindung steht; so begründet diese bloße Erwähnung noch kein Forderungsrecht für den Inhaber desselben, wenn er behauptet, daß ihm der Aussteller noch aus einem andern Contract schuldig sey, wenn nicht durch Production des in dem Chirographum erwähnten Schuldscheins im Original, oder auf andere Art bewiesen wird, daß diese Schuld ihre Richtigkeit habe [66]).

Von ganz anderm Inhalte ist die *L.* 13. *Cod. de non numerata pecunia.* Hierin ist nicht von Erwähnung einer andern Schuld, sondern von eben derselben die Rede, worüber der Schuldschein ausgestellt worden ist, wo das Darlehn durch ein demselben vorausgegangenes, und in der Handschrift besonders angeführtes rechtliches Geschäft begründet wurde. Hier soll kein weiterer Beweis einer Numeration von dem Gläubiger erfordert werden, sondern der Aussteller der Handschrift soll den wider ihn vorhandenen Beweis durch den strengsten Gegenbeweis entkräften. Es ist dieses Gesetz schon an einem andern Orte [67]) ausführlicher erklärt worden. Durch diese Verordnung ist also die *L. ult. h. t.* so wenig aufgehoben worden, daß vielmehr der Inhalt derselben durch

66) *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. II. Responsor. Cervid. Scaevolae ad h. L. ult. *Oper.* a Fabroto editor. T. III. p. 230. und in Comment. in Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. ad h. L. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 924.

67) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 786. S. 106 — 109.

ein noch neueres Gesetz des Kaisers Justinian bestätigt worden ist. Es ist die Novelle 119. Kap. 3. wo die Worte nach Hombergks Uebersetzung so lauten. Insuper et hoc jubemus, si quis in instrumento aliquo alterius instrumenti mentionem fecerit, ut nulla ex hac mentione exactio fiat: nisi alterum quoque instrumentum, cuius mentio in altero facta est, proferatur, vel aliter secundum leges probetur, quantitatem, cuius mentio facta est, revera deberi: hoc enim *in veteribus etiam legibus* invenimus [68]). Es ist sehr merkwürdig, daß sich Justinian hier auf die ältern Gesetze bezieht, welches der Aechtheit unserer *L. ult.* ein nicht geringes Gewicht giebt. Denn daß diese Gesetzstelle in der florentinischen Handschrift mit Haken eingeschlossen ist, beweist noch nicht gleich deren Unächtheit, sondern ist nur ein Erinnerungszeichen, daß diese Stelle sich nicht in allen Handschriften finde. Da sich nun, außer unserm Fragment, sonst nichts darüber in den ältern Gesetzen findet, so ist es sehr wahrscheinlich, was auch Huber [69]) meint, daß Justinian dasselbe im Sinn gehabt habe. Es ist auch nicht wohl zu begreifen, warum es gerade vernunftwidrig sey, und mit der Treue und Redlichkeit im Widerspruche stehen sollte, wenn einer solchen blos beyläufig und nur im Vorbeygehen geschehenen Erwähnung einer Schuld in einer

68) Es ist daraus die Auth. *Si quis* Cod. de edendo genommen. S. *Jac.* Cujacii Exposit. Nov. CXIX. *Matth.* Stephani Commentar. in eand. Nov. nr. 10. pag. 674. *Jo. Conr.* Rittershusen in Jur. Justin. P. IX. Cap. 27.

69) Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. in fin. pag. 781.

Handschrift, welche über eine ganz andere damit in keiner Beziehung stehende Schuld ist ausgestellt worden, die Verbindungs- und Beweiskraft abgesprochen wird, indem es vielmehr in vollkommener Harmonie mit der klaren Vorschrift derjenigen Gesetze [70]) steht, nach welchen nur ein solcher Schuldschein wider den Aussteller vollkommen beweisen, und den Inhaber desselben ein Klagerecht geben soll, der über eine Schuld, mit Anführung des früheren Rechtsgeschäfts, wodurch dieselbe begründet worden ist, ist ausgestellet worden.

So wie nun nach dem Inhalte unsers Fragments eine blos neben bey geschehene Erwähnung einer Schuld in einer Handschrift, die über eine andere Schuld ist ausgestellt worden, dem Gläubiger an sich noch kein Forderungsrecht giebt; so schadet ihm dagegen auch die nicht geschehene Erwähnung einer früheren Schuld in einem über eine nachher noch entstandene Schuld ausgestellten Chirographum an seinem Forderungsrechte nichts, wenn sonst die Schuld ihre erweisliche Richtigkeit hat, wie Paulus *libro IV. Responsorum* [71]) ausgesprochen hat: Lucio Titio cum ex causa iudicari pecunia deberetur, et eidem debitori aliam pecuniam crederet: in cautione pecuniae creditae non adjecit sibi praeter eam pecuniam debitam sibi ex causa iudicati. Quaero, an integrae sint utraeque Lucio Titio petitiones? Paulus respondit, nihil proponi, cur non sint integrae.

70) *L. 5. et L. 13. Cod. de non num. pec.*

71) *L. 29. D. de obligat. et action.*

Ergänzungen und Berichtigungen.

Zu *L.* 1. S. 232.

1) In Ansehung der Leseart. Chevallon quaeritur. Miräus statt oportet, oportere.

2) In Ansehung der Erklärung hat Cujaz in Commentar. ad Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. Operum a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 908. seine Meinung (S. 235.) wieder geändert, indem er den Ausdruck *gentem habere* so erklärt, iura gentilitatis ac familiae habere, und daselbst behauptet, genus sey von gens nicht unterschieden, sondern Beydes bedeute dasselbe.

Zu *L.* 6. S. 264.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: Patronus manifeste docere debet.

2) Commentar. Cujaz Comment. in h. Tit. Dig. ad h. *L.* T. IV. P. 1. *Oper.* p. 910. bezieht dieses Fragment auf die actio Faviana, welche Statt hatte, wenn der Freygelassene mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, und durch Schenkungen unter den Lebenden (so erklärt er den Ausdruck *dedisse*) sein Vermögen zum Nachtheil des Patrons vermindert hatte. Die actio Calvisiana gehöre nicht hierher, denn diese habe nur Statt gehabt, wenn der Freygelassene ohne Testament verstarb.

L. 3. §. 3. *D. Si quid in fraudem patroni. L.* 2. *C. eodem.* Allein warum die L. 6. nicht auf beyde Klagen zu beziehen sey, ist nicht abzusehen. Man sehe vielmehr *L.* 1. §. 11. *D. eodem.*

S. 265. Lin. 14. ist statt gen vielmehr mögen zu lesen.

S. 271. Not. 48. Cujacius in Comm. in h. Tit. p. 911. will die Leseart *ex indiciis* in der *L. 6. C. de dolo malo* verwerfen, und dafür *ex insidiis* lesen, welches denn soviel heissen soll, als ex machinis perspicuis. Allein zu dieser Emendation ist kein hinreichender Grund vorhanden.

Zu *L.* 8. S. 276.

1) Leseart. Chevallon: Si filius in potestate patris *se* esse neget. Miräus hat das *se* in Haken eingeschlossen.

2) Commentar. Cujacius in Comm. cit. ad h. L. p. 911. bemerkt hier Folgendes: Haec lex non pertinet ad certum actionum genus, sed ad *cognitionem praetoriam*, per quam disceptatur, filius sit in potestate patris nec ne. Nam si quis dicat, filium esse in sua potestate, et filius neget, de hac extra ordinem disceptatur. *L.* 3. §. 3. in fin. *et* §. 4. *D. liberis exhibend.* (XLIII. 30.) *L.* 1. §. 2. *D. de Rei vindicat.* Quaero, quis in hac causa debeat probare? Lex ait, filium probare debere. *Nam haec negatio pro affirmatione est: effectu enim dicit, se esse liberum vel emancipatum. Ideoque et servus, qui se liberum dicit, hoc probare debet. Praeterea pietas, quae patri debetur, hoc exigit, ut ipse potius filius suscipiat onus probandi. L.* 1. *L. ult. D. de obsequiis parentib. praest.* Notandum de patria potestate disceptari, non tantum *cognitione praetoria*, sed etiam *praeiudicio*, id est, actione praeiudiciali reddita inter patrem et filium. *L. cit.* 1. §. 2. Allein daß die hier vom Cujaz angeführten Gründe nicht die wahren Entscheidungsgründe sind, und überhaupt der wahre Gesichtspunct nicht gefaßt worden, habe ich in meinem Commentar über dieses Gesetz gezeigt.

Zu *L*. 9. S. 283. ff.

1) Leseart. Chevallon: ut ipsius duntaxat persona coarctaretur. Miräus: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona artaretur. Merlin: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona coarctaretur.

2) Commentar. Auch Cujaz in Comm. ad h. L. p. 913. erklärt dieses Gesetz von der exceptio de non petenda pecunia. Hat übrigens nichts Erhebliches dabey bemerkt. Ich bemerke nur noch, daß die S. 286. mit mehreren Rechtsgelehrten angenommene Meinung, das Edict des Prätors de pactis sey hauptsächlich auf die pacta de non petendo gegangen, zwar von *Jo.* Richei in Vindiciis Praetoris Rom. et iuris honorarii. *Lugduni Batavor.* 1748. 8. §. XI. Not. ***. p. 59—66. angefochten worden; allein die von ihm für die entgegengesetzte Meinung angeführten *L.* 1. 4. 5. *et* 6. *D. de pact.* entkräften sie im mindesten nicht. Die *L.* 13. *Cod. de pact.* aber spricht von pactis in bonae fidei contractibus adjectis, aus welchen nicht der Prätor, sondern schon das Civilrecht eine Klage gab, wenn sie in continenti angehängt waren worden, weil sie als ein Theil des Contracts angesehen wurden. *L.* 7. §. 5. *D. de pact.* *L.* 72. *D. de contr. emt.* Endlich die *L.* 29. *C. eodem.* redet von dem pacto de non utenda fori praescriptione, welches der Kr. Justinian gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten für gültig und verbindlich erklärt, und sich dabey auf das Edict des Prätors: *Pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnino observanda sunt;* beruft; und diese Anwendung des Edicts zur Bestätigung eines pacti de non utendo iure suo dürfte wohl eher einen Beweis gegen Richei, als für ihn geben.

Zu *L*. 10. S. 289.

Commentar. Cujaz Comment. ad L. h. pag. 914. bezieht dieses Fragment des Marcellus auf die actio finium regundorum, und beruft sich dabey auf *L.* 11. *D. fin. regundor.* Er versteht daher unter census, die libros et tabulas censua-

les, in quibus possessiones et iugera omnino describebantur. *L.* 4. *D. de censibus.* MONUMENTA PUBLICA erklärt er durch monumenta finalia, quae scilicet inscripta sunt literis designantibus nomina dominorum et fines agrorum. Ea monumenta, bemerkt Cujaz weiter, praestabant vicem terminorum, quorum erant varia genera, erant *bodones.* PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 22. §. 2. *Grumi*, οἱ λίθοι, ὀρίζονται, τοὺς ὅρους, et *monumenta* etiam, de quibus est constitutio *Tiberii* apud FRONTINUM libro de Limitibus. *Omne, inquit, monumentum nomina dominorum testatur, quae ad iura possessionum pertinere noscuntur.* Horum omnium auctoritas potior est testibus, id est, adversus eorum scilicet censuum et monumentorum auctoritatem frustra testes producuntur.

Zu L. 11. S. 297.

1) Leseart. Chevallon: quorum *officium* fuit. Merlin und Chevallon: *idonee* caveretur.

2) Commentar. Mit diesem Fragment ist noch *L.* 7. *D. de magistrat. conven.* zu verbinden, welche aus eben dem *Libro XI. Digestor.* des Celsus genommen ist, und zur Not. 49. S. 298. die *L.* 2. *D. eodem* hinzuzufügen.

Zur L. 12. S. 301.

1) Leseart. Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta und die Pariser Ausgabe vom Jahr 1576. haben Idem scriptum. Chevallon, Miräus, Merlin: *an* oblitus Miräus: si creditum *petatur.*

2) Commentar. Celsus sucht dem Einwurfe, daß doch sonst nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger der Beweis obliege, dadurch zu begegnen, daß er sagt, es gebe allerdings Fälle, wo auch der Beklagte beweisen müsse. Der Fall trete bey der Schuldklage ein, wenn der Beklagte einwendet, die Schuld sey bezahlt. *L.* 1. *Cod. de probat.* *L. ult. Cod. de solut.* *L.* 10. *Cod. de non numerata pecunia.* S. CUJACII Commentar. in h. L. 12. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 915. sq.

Zu L. 13. S. 302. ff.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: cum de statu aetatis alicuius *quaeritur*. Chevallon, Mir. und Merlin: *ei* potissimum stare. Chevall. und Miräus: quae noceat. Mir. ex quo *praecipue* fidem etc.

2) Commentar. Cujaz. Commentar. ad h. L. pag. 916. bezieht dieses Fragment auf die restitutio in integrum. *L.* 39. *L.* 40. *D. de minorib.* Er setzt jedoch hinzu: Potest etiam referri ad actionem negotiorum gestorum, quae datur adversus curatores ei, qui se maiorem dicit, et res suas vult a curatoribus recipere: nam hic debet probare se maiorem esse. Unter *Status aetatis* versteht er die Großjährigkeit, ein Alter von 25. Jahren, denn dies nenne Papinian *L.* 77. §. 14. *D. de legat. II.* ad statum suum pervenire; und unter *professiones*, die professiones natalium, nicht die professiones censuales, obwohl auch bey census das Alter angegeben wurde. *L.* 3. *D. de Censibus.*

Zu L. 14. S. 312. ff.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: et quidem si *in possessione* libertinitatis fuit. Chevall. hoc est, ut ingenuus esse pronuncietur. Chevall. Miräus, und Merlin: obtemperari. Ebendieselben *probanti* statt der unrichtigen florent. Leseart probandi.

2) Commentar. S. *Iac.* Cuiacii Commentar. in h. L. 14. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 912.

Zu L. 15. S. 318. ff.

1) Leseart. Miräus: qui probari *posset* — filius *mortuus* non esse. S. 319. Not. 49. Z. 1. ist defuncti zu lesen.

1) Commentar. Zu S. 321. Z. 1. *L.* 1. *pr. D. de adopt.* *L.* 14. *Cod. de probat.* S. Cujaccii Commentar. in h. L. 15. p. 917.

Zu L. 18. S. 328. ff.

Leseart. Chevall. und Merlin imposita probatione. Commentar. S. 330. Z. 2. ist praeiudicium; S. 331. Z. 22. giebt. S. 332. Not. 97. Z. 1. Cap. 37. und S. 333. Z. 2. ingenuus zu lesen. S. 334. Z. 9. ist bey Duaren die Notenzahl 2) zu ergänzen.

Iac. Cujacius Comm. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 912. erklärt die S. 331. Not. 39. angeführte *L.* 12. *D. de except.* folgender maßen. Lex autem illa non potest referri ad exceptiones, sed ad actiones, et est coniungenda cum *L. ult. D. Si ingenuus esse dicatur.* Sciendum, in actionibus praeiudicialibus eum probare, secundum cuius intentionem actio data et concepta est. Ut praeiudicio certatur inter Titium et Caium. Titius dicit se esse patronum, Caius vero dicit se esse ingenuum. Si ita sit data actio: *Si paret Titium patronum esse;* Titius actoris partes sustinet. Si vero ita data sit actio; *Si apparet Caium ingenuum esse;* Caius actor intelligitur. Neque vero obstat his quae diximus *L.* 18. *h. t.* Nam sententia eius haec est: licet in praeiudicio patronus non probet, in praeiudicio scilicet, quo agit libertus, dicens se ingenuum, aut quo agit libertus proclamans in ingenuitatem, hic patronus non debet probare. Verum si retro ipse patronus operas petat officiales, quae a solis libertis debentur, tum ipse debet probare, se esse patronum, atque adeo sibi deberi operas officiales.

Zu L. 19. S. 337. f.

§. 1. Chevallon: abfuisse *dicatur.* Merlin: abfuisse [se] dicat. Chevallon: quominus sisteret.

§. 3. Chevallon: quae *compensata* dicitur.

Zu L. 21. S. 350. f.

S. 356. Z. 2. l. solche.

Zu L. 23. S. 366. f.

S. *Iac.* Cujacii Comment. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 919.

Zu L. 24. S. 368.

Z. 1. l. cancellatum.

S. 370. Not. 24. Z. 5. l. chirographum. Vergl. Cujacii Comm. ad h. L. c. l. pag. 919.

Zu L. 25. S. 372. ff.

Cujaz Commentar. ad h. L. c. l. pag. 920. hält dieses Gesetz für eine Constitution des Kaisers Justinian, die er unter dem Namen des Paulus erlassen habe. Dieß habe auch Justinian dem Tribonian erlaubt. *L. 2. Cod. de vet. iure enucl.* Allein ich habe dieses Phantom im Commentar widerlegt.

Das Wort *indiscrete* §. 4. erklärt er durch nulla expressa causa, und führt dabey L. 8. §. 1. *Cod. de praescript. XXX. vel. XL. ann.* und *L.* 49. §. 3. *Cod. de Episcop. et Cler.* an, bemerkt jedoch, daß in dem letztern Gesetz *indiscrete* für *indistincte* gelesen werden müße.

Zu L. 26. S. 391.

S. *Iac.* Cujacii Comment. in Tit. Dig. de probat. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 922.



